

Die Schlüsselgewalt der Ehefrau im deutschen und französischen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Arnold Steiniger

Gerichtsreferendar aus Berlin.

M a r b u r g 1930



Druck: Buchdruckerei Max Tismar in Berlin-Friedrichshagen

Berichterstatter: Geheimrat Professor Dr. Manigk.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät am 28. Mai 1930 angenommen.



Dem Andenken
meines Bruders



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhalt.

Kapitel I	Einleitung.	S. 1
Kapitel II	Ratio des Gesetzes.	S. 6
Kapitel III	Rechtsnatur.	S. 9
Kapitel IV	Voraussetzungen und Beendigungsgründe der Schlüsselgewalt.	S. 27
Kapitel V	Sachliche Grenzen.	S. 44
Kapitel VI	Beweislastfragen.	S. 58

Literatur.

- Aubry et Rau, Cours de droit civil français. 5ème éd. Paris. 1897—1922. 12. vol. t. 6—12 publ. p. Bartin.
- Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, Des personnes. 3ème éd. Paris. 1907—1908. 5 vol.
- Baudry-Lacantinerie, le Courtois et Surville, Traité du contrat de mariage. 3ème éd. Paris. 1906. 3 vol.
- Barré, Le code civil allemand et le code civil français comparés entre eux. 2ème éd. Berlin/Paris 1899. Trad. p. Hartmann.
- Biermann, Zur Lehre von der Vertretung. Gießener Festgabe für Dernburg. 1900.
- Binet, La femme dans le ménage. Thèse Nancy (Paris). 1904.
- Boyer, Conséquences juridiques des états de fait entraînés par l'union libre. Thèse Montpellier. 1908.
- Breslauer, Zwingende Normen im Recht der deutschen bürgerlichen Ehe. Göttinger Dissertation. 1914.
- Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français. 4ème et 5ème éd. Paris. 1924—1927. 3 vol.
- Delvincourt, Cours de droit civil. Paris. 1834. 3 vol.
- Démolombe, Cours de code civil, t. IV. Paris. 1847. 31 vol.
- Dernburg, Deutsches Familienrecht. Halle. 1908.
- Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1908.
- Fraenkel, Das Familienrecht des BGB. 1898.
- Goldmann-Lilienthal, Das BGB, system. dargestellt, Band III, Familienrecht. Berlin. 1921.
- Gouy, Du mandat entre époux. Thèse Dijon (Paris). 1902.
- Guillouard, Traité du contrat de mariage (Forts. d. Werkes von Démolombe). 3ème éd. Paris. 1895. 4 vol.
- Guillouard, Du mandat. Paris. 1893.
- Hémard, Des nullités de sociétés et de sociétés de fait. Paris 1926.
- Hue, Commentaire du code civil. Paris. 1892—1903. 15 vol.
- Hupka, Die Vollmacht. 1900.
- Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Leipzig. 1903.
- Kipp, K. Th., Rechtsvergleichende Studien zur Lehre von der Schlüsselgewalt. Berlin. 1928.
- Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. III, 1. Teil. 1915.
- Laurent, Principes du droit civil français. Bruxelles. 1878, 33 vol. und 8 weitere Bde. 1898—1903.
- Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau. 1901.
- Opet (-Blume), Kommentar zum Familienrecht. 1902—1904.
- Ostern, Die Schlüsselgewalt der Frau nach dem Rechts des BGB. Gießener Dissertation 1898.
- Planck-Unzner, Kommentar z. BGB.
- Planiol-Ripert, Traité élémentaire de droit civil français. 10ème éd Paris. 1926. 1927. 3 vol.

- Planiol-Nast, *Traité pratique de droit civil français; régimes matrimoniaux*. Paris. 1924. (t. VIII.).
- Planiol-Rouast, *Traité pratique; la famille*. Paris. 1926. (t. II.).
- Richter, *Die Schlüsselgewalt der Hausfrau*. Jenaer Dissertation. 1902.
- Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*. 2ème éd. Paris. 1865—1869. 3 vol.
- Rosenberg, *Stellvertretung im Prozeß auf Grund der Stellvertretungslehre des BGB*. Berlin. 1908.
- Rosenfeld, *Die Schlüsselgewalt des Ehefrau nach bisherigem deutschen Recht und BGB*. Berlin. 1900.
- Rothe, *Die Schlüsselgewalt der Ehefrau*. Erlanger Dissertation. 1896.
- Scherer, *Das Familienrecht des BGB*. 1899.
- Schloßmann, *Lehre von der Stellvertretung*, Bd. II. 1902.
- Schmidt, *Familienrecht*. 1. Abschn. Bürgerl. Ehe. München. 1907.
- Schmitt, *Die Schlüsselgewalt der Ehefrau n. dt. Recht*. München. Diss. 1898.
- Scriba, *Die persönliche Rechtsstellung der Ehegatten*. Marburger Dissertation. 1912.
- Von Seeler, *Glossen zur Praxis des Reichsgerichts*. Halle. 1908.
- Siegel, *Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach bisherigem Recht und dem Rechte des BGB*. Greifswalder Dissertation. 1900.
- Siméon-David, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Bd. I. Berlin. 14./15. Aufl.
- Von Staudinger, *Kommentar zum BGB*, 1926.
- Stern, *Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach dem BGB*. Berlin, 1905.
- Toullier, *Droit civil français*. 6ème éd., 1846—1848. continuée et annotée p. Duvergier. 14 vol.
- Wieruszowski, *Handbuch des Eherechts*, Bd. I. 1900.
- Wolff, M., *Familienrecht*. 6. Bearb., 1928.
- Zachariae-Crome, *Handbuch des französischen Zivilrechts*. Freiburg Bd. I, 1894, Bd. II, 1895.
- Von Ziegenhied, *Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach altem und neuem deutschen Recht*. Leipziger Dissertation, 1906.

Kleinere Abhandlungen, Aufsätze, sowie Werke, die für die vorliegende Arbeit von geringerem Interesse sind, werden im Text zitiert.

Abkürzungen der französischen Literatur:

- Pothier = *Oeuvres de Pothier, annotées par Bugnet*, 2ème éd. 1861—1862.
- Cass. civ. c. = annullierendes Urteil der chambre civile de la cour de cassation.
- Cass. civ. r. = rechtsmittelabweisendes Urteil der chambre civile de la cour de cassation.
- Cass. requ. = Erkenntnis der chambre des requêtes de la cour de cassation.

Die chambre des requêtes entscheidet über die Zulässigkeit des Rechtsmittels in Zivilsachen, die chambre de cassation civile entscheidet endgültig über das zugelassene Rechtsmittel.

- D. P. = *Recueil périodique d'arrêts Dalloz*.
- Sir. = *Sirey, Recueil d'arrêts*.

Kapitel I. Einleitung.

Die Erledigung der Haushaltsgeschäfte ist in Deutschland von jeher eine Hauptaufgabe der Ehefrau gewesen, im Gegensatz zu der auf Broterwerb gerichteten Tätigkeit des Mannes. Diese natürliche äußere Zweiteilung der Ehe führt sich zurück bis auf den Beginn des Übergangs von der Individualwirtschaft zur Verkehrswirtschaft. Und mit diesem Zeitpunkte, wo sich infolge des beginnenden Güteraustausches und der Entwicklung von Handel und Gewerbe eine gewisse Beteiligung der Frau an den täglichen Einkäufen zwangsläufig ergab, beginnt auch die Frage nach der Regelung dieser von der Frau abzuschließenden Rechtsgeschäfte.

Dieser Fragenkomplex wird seither unter der Bezeichnung *Schlüsselgewalt* zusammengefaßt. Der deutsche Name deckt einen deutschen Begriff, der sich wesentlich von den die gleiche Materie regelnden fremdländischen Instituten unterscheidet. Die Schlüsselgewalt ist also das der deutschen Hausfrau ausdrücklich zugestandene Recht, bestimmte einschlägige Geschäfte ohne Zutun ihres Mannes abzuschließen. Der Begriff aber hat gewechselt, wie die Anschauungen über die rechtliche Stellung der Frau überhaupt.

Ursprünglich bildete die Schlüsselgewalt eine Ausnahme von dem altdeutschrechtlichen Prinzip, daß die Frau allein Geschäfte überhaupt nicht abschließen könne. Die Frau, die sonst zu jeder rechtlichen Handlung der Zustimmung ihres Mannes als Geschlechtsvormundes bedurfte¹⁾, sollte im Rahmen der Haushaltsgeschäfte dieser Beschränkung ledig sein, denn anders konnte nach dem Aufhören der Einzelwirtschaft, die ihren Bedarf noch durch sich selbst deckte, das Hauswesen überhaupt nicht in Ordnung gehalten werden.

Da die Entwicklung der Verkehrswirtschaft ihren Anlauf von den Städten nahm, finden sich die ersten Regeln über die Schlüsselgewalt in städtischen Statuten. Bald wurden hier Maximalgrenzen in Geld festgesetzt — und zwar sind es, der allgemeinen Armut entsprechend, sehr kleine Summen — (so z. B. in Lübeck, vgl. Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland, 1863/1874; T. II, 3, S. 219), bald wurden einzelne Gegenstände aufgezählt, die die Frau erwerben durfte (so z. B. in Hamburg um 1270, vgl. Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche

¹⁾ Vgl. Stobbe (-Lehmann), Handb. d. deutschen Privatrechts, IV, S. 59 ff.

Privatrecht, 1886, 6. Aufl., S. 418). Immer ist dabei die prinzipielle Geschäftsbeschränktheit der Frau vorausgesetzt.

Wesentlich anders und weitgehender findet sich das Recht der Schlüsselgewalt schon im Preußischen Landrecht abgegrenzt. Dort heißt es:²⁾ „Hat die Frau zu gewöhnlichen Haushaltsgeschäften oder Notdürften Waren oder Sachen auf Borg genommen, so muß der Mann dergleichen Schuld als seine anerkennen.“ Hier sind also für den Richter schon die „gewöhnlichen Haushaltsgeschäfte“ zum Kriterium gemacht. Das preussische Landrecht, durch und durch beeinflußt vom Naturrecht und ein Produkt der Aufklärungszeit, hatte sich von der Idee einer völligen Abhängigkeit der Frau vom Manne restlos emanzipiert; die Frau war an sich unbeschränkt geschäftsfähig geworden und unterlag nur in ihrer Stellung als Ehefrau gewissen Beschränkungen.

Durch diese neuen Gesichtspunkte, die im wesentlichen auch die des geltenden Rechtes sind, wurde aber der Charakter der Schlüsselgewalt stark verändert. Die Frau brauchte nicht mehr durch die Schlüsselgewalt für gewisse Haushaltsgeschäfte als geschäftsfähig erklärt zu werden, denn sie war ohnehin geschäftsfähig. Jetzt handelte es sich für den Gesetzgeber um eine ganz andere Frage. Die Frau, die als Geschäftspartnerin ungehindert auftreten und so ihre Einkäufe erledigen konnte, wurde durch diese Geschäfte natürlich selbst verpflichtet und mußte sich dann stets erst von ihrem Mann befreien lassen. Nach außen haftete sie allein. Das entsprach aber durchaus nicht dem familienrechtlichen Prinzip, daß der Mann für den ehelichen Aufwand zu sorgen und aufzukommen hat.

Man bedurfte also einer Konstruktion, die diesen Übelstand beseitigte und den Mann verpflichtet sein ließ, ohne der Frau die Möglichkeit des eigenhändigen Geschäftsabschlusses zu nehmen. Kurz: der Mann sollte für die Haushaltsgeschäfte seiner Frau von vornherein und ausschließlich haften.

Diese Konstruktion glaubte man ungefähr ein Jahrhundert lang in der Annahme eines stillschweigenden Mandats des Mannes an die Frau gefunden zu haben. Schon in der Mitte des 18. Jahrhunderts tauchten Versuche auf, dem Manne die Haushaltsschulden seiner Frau mit der Begründung eines präsumierten Auftrags aufzubürden³⁾. Diese Versuche sind von K i n d zu Beginn des 19. Jahrhunderts zu einer grundlegenden Theorie des ehelichen Mandats ausgestaltet worden⁴⁾. K i n d s Lehre ist entscheidend von romanistischen Gedankengängen getragen; insbesondere ist der Einfluß

²⁾ § 321 ALR. II, 1.

³⁾ Lange, Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güter, 1766, S. 167. Vgl. auch Lippe-Detmoldische V. O. v. 27. März 1786, § 11.

⁴⁾ K i n d, quaestiones forenses, 1807, tom. III, S. 469.

der unter dem neugeschaffenen Code civil sich fortentwickelnden französischen Doktrin ganz unverkennbar. Diese Mandats-theorie Kinds besagte nun, daß die Frau als Beauftragte und Bevollmächtigte ihres Mannes Haushaltsgeschäfte für diesen jederzeit verbindlich kontrahieren könne; ihre Ermächtigung durch den Mann erschien so notwendig und selbstverständlich, daß sie ohne weiteres unterstellt — präsumiert — wurde. Für die Entkräftung dieser Vermutung wurde eine ausdrückliche Erklärung des Mannes verlangt.

Kinds Theorie fand, weil sie für den Verkehr einen gangbaren Ausweg aus den weiter oben geschilderten Schwierigkeiten bot, zunächst allgemeine Anerkennung⁵⁾. Bald jedoch setzte eine starke Kritik ein, die vor allem an der untergeordneten und abhängigen Stellung der Frau, in die diese durch Präsumption eines Mandats des Mannes verwiesen wurde, Anstoß nahm⁶⁾. Diese germanistisch eingestellte Richtung gewann schließlich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Oberhand. Die altdeutschrechtlichen Grundsätze über die Schlüsselgewalt wurden hervorgesucht, fanden eifrigste Befürwortung und schließlich allgemeine Aufnahme in den wissenschaftlichen Lehren und in der Praxis⁷⁾. So hat sie auch das BGB übernommen, freilich ohne den charakteristischen Namen. Hiernach darf gemäß § 1357 des Gesetzes die Frau „innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes besorgen und ihn vertreten.“ Die Haushaltsgeschäfte sind also Geschäfte des Mannes geblieben, aber nur in dessen Eigenschaft als Haupt der Familie, und ihre Ausübung steht der Frau nunmehr wieder als ein Recht zu; die Frau ist bei der Erledigung ihrer Haushaltseinkäufe nicht mehr vom Belieben des Mannes abhängig. Das ist der Vorteil der Schlüsselgewalt gegenüber der vom BGB. abgelehnten Mandats-theorie.

Der Unterschied zur altdeutschrechtlichen Schlüsselgewalt sei noch einmal kurz betont. Die Schlüsselgewalt der früheren Zeiten bildete eine Ausnahme von der Regel, daß die Frau allein Geschäfte überhaupt nicht tätigen konnte. Die Schlüsselgewalt des BGB dagegen stellt eine der wenigen Ausnahmen von dem sonst streng durchgeführten Prinzip dar, daß ohne Vollmacht kein Ehegatte für den anderen oder für den gemeinsamen Haushalt handeln kann⁸⁾.

⁵⁾ Falck, Handbuch des Schleswig-Holsteinischen Privatrechts, 1840, Bd. IV, S. 399, Walter, Syst. d. gemeinen deutschen Privatrechts, 1855, S. 214.

⁶⁾ Runde, Deutsches eheliches Güterrecht, 1841, S. 99, Kraut, Vormundschaftsrecht, Band II, S. 443.

⁷⁾ Vgl. zu dieser Entwicklung die Dissertation von Schmitt.

⁸⁾ Einen weiteren Ausnahmefall bietet z. B. § 1450 BGB. Daß für gewöhnlich immer Vollmacht nötig ist, wird allseits betont, vgl. z. B. Staudinger, Vorbem. III vor §§ 1353 ff., Wieruszowski, S. 38, Anm. 6, Stern, S. 61, Rosenfeld, S. 17.

Den zu Anfang aufgezeigten Schwierigkeiten, wie sie sich mit Beginn der Verkehrswirtschaft für den deutschen Haushalt ergaben, begegnen wir naturgemäß auch in Frankreich. Auch hier fiel die Erledigung der Haushaltsgeschäfte, der *actes ménagers*⁹⁾ seit jeher in fast ausschließlichem Maße der Ehefrau zu, auch hier aber war diese grundsätzlich geschäftsbechränkt und bedurfte daher zu allen ihren Geschäften der Zustimmung ihres Mannes. Während jedoch das deutsche Recht diese sich kreuzenden Gesichtspunkte in dem Institut der Schlüsselgewalt verschmolz, nahm die Entwicklung der französischen Land- und Gewohnheitsrechte einen anderen Weg. Man konnte sich nicht dazu entschließen, die Freiheit der Frau auch nur auf dem Gebiet der *actes ménagers* anzuerkennen; jene spezifische Zweiteilung der Ehe, wonach der Frau die Besorgung der Haushaltsgeschäfte, dem Manne die Besorgung des Unterhalts zufällt, wurde rechtlich gänzlich ignoriert, wenn sie tatsächlich auch ebenso bestand wie in Deutschland. Vollends ein Recht der Hausfrau auf die „Schlüssel“ zu proklamieren, lag absolut nicht in der Absicht der *coutumes*.

Die Frau, *incapable*, bedurfte also, wenn sie ein Geschäft abschließen wollte, stets der Einwilligung des Gatten, der sogenannten *autorisation*. Es lag nur in Konsequenz der emanzipationsfeindlichen *coutumes* und ihrer Interpretatoren, daß sich hinsichtlich der *autorisation* ein striktes und zwingendes Recht ausbildete. So finden wir hier das Prinzip der Specialität mit einer fast sachenrechtlichen Schärfe durchgeführt. Die *autorisation* konnte demnach nicht etwa generaliter erklärt werden. Sie mußte vielmehr für jeden einzelnen Fall einzeln vorliegen. Dem Manne wurde also zugleich mit einem umfassenden Kontrollrecht die ausschließliche Leitung und Verantwortung für das Hauswesen zugeschoben; eine Verwischung der Grenze gegenüber den Rechten und Pflichten der Hausfrau war damit unvermeidlich.

Unterstrichen wurde der rigor des Gesetzes noch dadurch, daß die Bezeichnung „*autorisation*“ ad formam negotii gehörte¹⁰⁾, der Mann konnte also z. B. nicht „*consentir*“, oder „*habiliter*“ sondern nur „*autoriser*“, und dies obwohl im Sprachgebrauch der französischen Jurisprudenz der „*consentement*“ der deutschen „Zustimmung“ vollkommen entspricht.

⁹⁾ Ueblicher Ausdruck der französischen Doktrin und Praxis, vgl. z. B. Cass. 11 févr. 1826 = Sir. 26 I. 332. Paris 9 août 1856 = Gaz. des trib. 9 et 10 août 1856.

¹⁰⁾ Vgl. Merlin, *Autorisation maritale*, *Jurisprudence du c. c.*, I. no. 353, Pothier, *puissance du mari*, no. 67–70.

Während nun in den neueren deutschen Kodifikationen die Geschäftsbeschränktheit der Ehefrau fiel, hat sich der Zustand in Frankreich mit der Einführung des *code civil* in dieser Hinsicht nicht im geringsten geändert¹¹⁾. Artikel 217 gab und gibt eine Enumeration von Fällen, in denen die *incapacité* der Ehefrau aufrecht erhalten bleibt, wobei beachtlich ist, daß der dort mit aufgeführte Ausdruck „*aliéner*“ durch die nachfolgenden Artikel 221, 224 ganz allgemein als „*contracter*“ legaldefiniert wird. Die Liste des art. 217 wird ferner durch verstreute Bestimmungen des *c. c.* (z. B. art. 215, 776, 905, 934, 1125) dergestalt aufgerundet, daß die Fälle der *capacité* der Frau tatsächlich als Ausnahmen erscheinen. Ihre *incapacité* ergibt sich schließlich auch *per argumentum e contrario* aus art. 220 *c. c.*, in dem ein Handeln der Frau „*sans l'autorisation du mari*“ als besonderer Ausnahmefall hervorgehoben wird. Trotz der (täuschenden) Kasuistik des Gesetzes also, trotzdem art. 1124 von einer *incapacité* nur „*dans les cas exprimés par la loi*“ spricht, besteht nach wie vor das Prinzip der Geschäftsbeschränktheit der Ehefrau.

Art. 217 *c. c.* stellt *ius strictum* dar. Eine generelle Autorisation, wie sie schon früher unzulässig war, wird untersagt durch die Bestimmung, daß Mitwirkung (*concours dans l'acte*) oder schriftliche Einwilligung (*consentement par écrit*) des Ehemanns für den Abschluß des Geschäfts erforderlich sind¹²⁾. Praktisch fordert das Gesetz prinzipiell die Schriftform, wie sich aus der weiter unten noch näher zu erörternden Prozeßvorschrift des art. 1341 *c. c.* ergibt¹³⁾.

Als Abweichung zum alten Recht ist lediglich zu vermerken, daß die Verwendung des Wortes „*autorisation*“ nicht mehr wesentlicher Bestandteil des Geschäftes ist, sondern daß andere, mit „*Zustimmung*“ gleichbedeutende Ausdrücke an die Stelle treten können¹⁴⁾. Eine wesentliche Milderung, erst recht eine Änderung des Prinzips kann in der Beseitigung dieses alten Zopfes natürlich nicht erblickt werden.

¹¹⁾ Wohl aber ist die allgemeine Geschäftsbeschränktheit des Weibes gefallen. Die *autorisation* ist also keine Geschlechtsvormundschaft mehr, sondern ein Recht und ein Schutzmittel des Ehemannes. Vgl. auch das Zitat von Gide, *étude sur la condition privée de la femme*, 2ème éd., Paris 1885, S. 371: „*son état n'est donc pas un état d'incapacité, c'est un état de dépendance*“. Die unverheiratete Frau genießt auch in Frankreich keine Bevormundung mehr. Vgl. a. Zachariae-Crome, § 442, Anm. 4.

¹²⁾ Hierzu: Cass. civ. c. 26 juill. 1871 D. P. 1871 I. 293, Cass. civ. c. 20 juin 1881. D. P. 1881 I. 354. Cass. civ. c. 7 mars 1922 D. P. 1925 I. 136.

¹³⁾ So richtig Planiol-Ripert, t. I, No. 953. Dasselbe meint anscheinend auch Kipp, S. 24.

¹⁴⁾ Zachariae-Crome, § 442. Anderer Ansicht Delvincourt, t. I. 75, Toullier, t. II. 616. „*Peu important les termes employés. si la volonté du mari est clairement manifestée* (Planiol-Ripert, t. I. No. 953).

Bei dieser bis auf den heutigen Tag bestehen gebliebenen rechtlichen Unmündigkeit und Abhängigkeit der Frau von ihrem Manne war allerdings für die Entwicklung einer Schlüsselgewalt einer *puissance des clefs* im Sinne der deutschen Rechtslehre kein Raum. Ein solches Institut, daß der Frau ein Recht auf Besorgung bestimmter hausfraulicher Geschäfte gibt, wird man im französischen Recht vergeblich suchen. Es existiert auch kaum als wissenschaftlicher Begriff oder als Postulat *de lege ferenda*. Da sich aber infolge der Fortentwicklung der allgemeinen Verhältnisse ein Kontrahieren der Hausfrau auf der Basis jedesmaliger Autorisation schon frühzeitig als gänzlich unzulänglich erwies, hat die französische Rechtslehre zu einer anderen Konstruktion gegriffen, die eine reibungslose und das Billigkeitsgefühl befriedigende Abwicklung der Haushaltsgeschäfte garantierte, ohne daß die dekretierte Abhängigkeit der Frau beeinträchtigt wurde: Das *mandat tacite général de la femme*. Dieses mandat, das das Vorbild der Kindschen Theorie wurde, beruht auf der Rechtsvermutung eines Auftrags des Mannes an die Frau. Seine ausführliche Behandlung und rechtliche Würdigung soll nachfolgenden Kapiteln vorbehalten bleiben. In diesem Zusammenhang sei nun noch kurz darauf hingewiesen, wie sehr in ihm die typisch französische Auffassung von der Stellung der Frau in der Ehe zum Ausdruck kommt. Es wird lediglich dem Zwang der Lebensverhältnisse nachgegeben; die nun einmal unvermeidlichen Haushaltsgeschäfte der Frau werden auf konstruiertem Auftragswege erledigt. Vor einem Recht der Frau, wie es in Deutschland besteht, will man jedoch nach wie vor nichts wissen. Die Schlüsselgewalt der Französin manifestiert also nur das das Eherecht des *code civil* beherrschende vormundschaftliche Prinzip gegenüber dem genossenschaftlichen des BGB.¹⁵⁾

Kapitel II.

Ratio des Gesetzes.

Die Verselbständigung der Ehefrau durch die gesetzliche Zustimmung der Schlüsselgewalt ist, wie wir schon sahen, vor der Schaffung des BGB. eine ziemlich einmütige Forderung der Rechtswissenschaft gewesen; entsprach sie doch den alten deutschen Begriffen über die Stellung und Würde der Hausfrau, und damit der allgemeinen Tendenz, das Familienrecht des BGB. nicht nach starren und antiquierten romanistischen Regeln, sondern nach volkslebendigen germanischen Anschauungen zu gestalten.

¹⁵⁾ Immer wohl verstanden in dem Sinne, daß dies eine Ehevormundschaft keine Geschlechtsvormundschaft ist. Eine Tutel wegen Geschlechtsschwäche für die Frau gibt es nicht mehr, vgl. Anm. 11 d. Kapitels.

Diese Forderung ist verwirklicht und das Recht der Frau auf Führung des Haushalts und Besorgung der erforderlichen Geschäfte gesetzlich statuiert worden. Es fragt sich jedoch, ob die durch § 1357 BGB. erreichte Stabilisierung der hausfraulichen Stellung auch heute noch den Sinn dieser Gesetzesbestimmung ausmachen kann.

Die Frage ist zu verneinen. Die Schriftsteller, die sich zur Zeit der Schaffung und Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches mit der Schlüsselgewalt beschäftigten, haben in der Hebung der Position der Ehefrau allerdings noch den Hauptzweck des § 1357 gesehen. Heute jedoch, wo wir uns an die durch das BGB. geschaffenen Institutionen dergestalt gewöhnt haben, daß wir in ihnen nicht mehr die Lösung langumstrittener Probleme sehen, sondern sie als selbstverständlich und gewohnt hinnehmen, heute kann uns die Erfüllung eines sozialetischen Postulats nicht mehr eigentliche ratio des Gesetzes sein.

Wir können sagen, daß heute die Wahrung der Rechtssicherheit, also der Schutz des gutgläubigen Dritten den Angelpunkt des § 1357 bildet¹⁾. Das Gesetz selbst zeigt bei näherer Betrachtung verschiedene Ansätze, die in diese Richtung weisen. So macht Abs. 2, Satz 3 die Wirksamkeit einer erfolgten Ausschließung der Schlüsselgewalt von der Kenntnis des Dritten abhängig (andernfalls genügt es allerdings, wenn die Ausschließung im Register eingetragen ist, um die Haftbarkeit des Mannes auszuschließen). Beachtlich ist ferner die Tatsache, daß ein Kennenmüssen des Dritten nicht genügt, sondern nur wirkliche Kenntnis, wodurch der dem Dritten gewährte Schutz noch erheblich gesteigert und die Absicht des Gesetzes unterstrichen wird.

Eine bevorzugte Stellung des Dritten ist ferner in der Beweislastfrage zu konstatieren, wie in Kapitel VI dieser Areit noch näher darzutut sein wird.

Auch sonst ist in der allgemeinen Rechtsanschauung, besonders in der Praxis eine zunehmende Rücksichtnahme, ja Begünstigung der Stellung des Dritten zu beobachten. Der Schutz des Dritten ist also heute tatsächlich als erste Ratio des § 1357 anzusehen; bei Auslegungsschwierigkeiten ist stets zuerst nach der Wahrung seiner Belange zu fragen.

Daneben kommt § 1357 auch der Frau zugute, doch hat er für diese weit mehr personenrechtliche als vermögensrechtliche Bedeutung²⁾. Ihr vermögensrechtlicher Schutz wird durch andere,

¹⁾ So schon Dreyer, „Recht“ 1901, S. 307, Menzel, Sächs. A. 13, S. 615. Scriba a. a. O., S. 79, Mot. IV, S. 118 a. E., vgl. a. Art. 16, Abs. 2 EGBGB.

²⁾ So richtig Rohde, ZBIFG, XI (1910), S. 67.

vor allem güterrechtliche Bestimmungen wahrgenommen. Immerhin wird durch die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 auch ein gewisser pekuniärer Schutz der Frau erreicht, indem ihre Selbstverpflichtung nur dann eintritt, wenn sie ihren darauf zielenden Willen ausdrücklich kundgetan hat.

Der Mann trägt die Minusseite des § 1357. Er wird ausschließlich belastet und zwar in außerordentlich weitgehender Weise³⁾. Eine sekundäre Schutzvorschrift ist aber auch für ihn durch die Beschränkungs- und Ausschließungsmöglichkeit des Absatz 2 gegeben.

Über die Stellung des *code civil* zu den Geschäften der *femme mariée* kann nach den im ersten Kapitel gewonnenen Erkenntnissen ein Zweifel nicht herrschen. Der Gesetzgeber protegiert auffallend den Ehemann, gleichgültig dagegen, welche Folgen die Bestimmung des Artikel 217 nach sich ziehen konnte, gleichgültig insbesondere gegen die unwürdige Herabsetzung der Ehefrau, die in der rigorosen Erklärung ihrer Geschäftsbeschränktheit lag, wurde der Standpunkt des *mari* vollkommen einseitig wahrgenommen.

Die französische Rechtsentwicklung ist über diese Ansicht hinweggeschritten und ignoriert die Tendenz des Gesetzes völlig. Sie hat denselben Weg genommen, den wir soeben für die deutsche Jurisdiktion verfolgt haben: Das Interesse des Dritten ist langsam in den Vordergrund gerückt. Die weitgehende Begünstigung, die das Gesetz dem Ehemann zuteil werden lassen wollte, ist soweit als möglich abgebrockelt worden — in favorem des Kontrahenten der Frau.

Gerade aus dieser Gleichheit der Rechtsanschauungen in Deutschland und Frankreich, (die in Deutschland allerdings auch schon *de lege lata* anerkannt ist) darf die Überzeugung ihrer Richtigkeit entnommen werden. Sie ist eine zwangsläufige Folge der allgemeinen Entwicklung der Verkehrsverhältnisse, die derart zur Unübersichtlichkeit fortgeschritten ist, daß ein denkbar weitgehender Schutz des Dritten das einfachste Gebot rechtlichen Handelns wurde⁴⁾. Das *mandat tacite de la femme* sollte der Frau die Erledigung der notwendigen Haushaltsgeschäfte ermöglichen, also den Zwecken der Familie dienen. Heute wird es aber daneben in erheblichem Maße dahin ausgelegt, daß der Kontrahent mit ihm einen wirksamen Titel gegen den Mann, bzw. gegen das Gemeingut erhält. Die Wege, die man hier gegangen ist, um dem Dritten zu

³⁾ Planck betont in seinem Vortrag über die rechtliche Stellung der Frau, S. 8, daß sich eine ähnliche schwerwiegende Bestimmung im ganzen BGB kaum wiederfindet.

⁴⁾ So schon im wesentlichen *Dé m o l o m b e*, t. IVème, no 170. Vgl. hierzu besonders Kipp, a. a. O., S. 71, 73, 113.

seinem Recht zu verhelfen, führten allerdings gelegentlich über den Rahmen des Mandats hinaus. Diese Überschreitungen wurden jedoch stets mit noch haltbaren Gründen verfochten, sind keineswegs weitgehender als ähnliche Erscheinungen im Gebiete der deutschen Schlüsselgewalt⁵⁾ und jedenfalls durch eine langdauernde Übung sanktioniert.

Die Berücksichtigung der Interessen Dritter erweist sich, genau wie im deutschen Recht, besonders auch in der Beweislastfrage. Wegen der Einzelheiten muß hier gleichfalls auf Kapitel VI verwiesen werden. Gerade an der Beweislastfrage zeigt sich jedenfalls eine auffällige Tendenz der französischen Judikatur, dem Dritten eine erträgliche Rechtsstellung gegenüber dem bevorzugten Ehemann zu gewähren. Wie weit diese Bestrebungen führen werden, ist noch nicht abzusehen. Gegenüber der abgeschlossenen Entwicklung der deutschen Gesetzgebung bleibt festzustellen, daß eine eindeutige Regelung in Frankreich noch aussteht. Vorläufig ist immerhin die Stellung des Mannes dort eine wesentlich günstigere, als bei uns, vor allem gegenüber der Frau. Eine angemessene Begrenzung seiner Rechte durch Gesetz wäre am Platze.

Kapitel III. Rechtsnatur.

Die deutsche Hausfrau ist nach § 1357 BGB. berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes zu besorgen und ihn zu vertreten. Die alte Mandatstheorie ist damit endgültig zu Grabe getragen. An ihre Stelle trat die Schlüsselgewalt der Hausfrau¹⁾.

Das Gesetz spricht von „Besorgen und Vertreten“. Damit will es der Frau nicht etwa ein Doppelrecht geben. Dieser Ausdruck des Gesetzes soll vielmehr nur die Natur und den Umfang der Schlüsselgewalt möglichst klar und deutlich interpretieren. Er umfaßt Innen- und Außenverhältnis der Schlüsselgewalt zu einem einheitlichen Ganzen: Nach außen: „Vertretung“, nach innen „Besorgung“²⁾. Aus allen Geschäften wird allein der Mann berechtigt

⁵⁾ Z. B. der bekannte Streit über die Aufnahme von Darlehen durch die Ehefrau, oder die Kontroverse über die Frage, wer bei Vermögenslosigkeit des Mannes die Arztrechnung zu bezahlen hat. Vgl. Kap. V. Anm. 16 u. f., 33.

¹⁾ Scherer, Nr. 111 a. a. O. glaubte allerdings in § 1357 noch immer eine gesetzlich präsumierte Vollmacht sehen zu können!

²⁾ Wie hier: Siegel a. a. O., S. 37, Ostern, S. 44, vgl. a. Wieruszowski, Eherecht, S. 38.

und verpflichtet⁵⁾).

Das Gesetz ordnet eine „Vertretung“ an. Stets ist auf das Entschiedenste darauf hingewiesen worden, daß § 1357 nicht etwa einen Fall „gesetzlicher Vertretung“ statuiert, zu welcher Annahme man sich auf den ersten Blick leicht verleiten lassen könnte. Es ist § 1357 von der gesetzlichen Vertretung im technischen Sinne vielmehr streng zu scheiden. Die wichtigsten Unterschiede seien hier kurz erwähnt:

Die Ehefrau handelt gemäß § 1357 zwar für den Gatten, jedoch nur neben ihm. Der Ehemann besitzt seine volle Handlungsfreiheit; er kann auch selbst Haushaltsgeschäfte tätigen. Bei Differenzen geht sein Wille dem der Frau vor (§ 1354⁴⁾), ja, er kann sogar u. U. die von der Frau getätigten Geschäfte wieder rückgängig machen⁵⁾).

Der gesetzliche Vertreter dagegen handelt allein für den Vertretenen. Der Wille des Vertretenen wird durch den des Vertreters vollkommen ersetzt, bzw. (bei beschränkter Geschäftsfähigkeit) ergänzt. Ohne den Vertreter oder seine Zustimmung kann der Vertretene nichts unternehmen, und es gibt nicht, wie bei der Schlüsselgewalt, Geschäfte, die beide nebeneinander abschließen könnten⁶⁾).

Dies die Abweichungen in der Grundkonstruktion. Ein weiterer wichtiger Unterschied findet sich darin, daß der Umfang der Vertretungsmacht der Frau stark beschränkt ist: ihre Ermächtigung bezieht sich nur auf Rechtsgeschäfte, und bei diesen nur auf solche innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises. Hingegen kann der gesetzliche Vertreter für den Vertretenen im allgemeinen jede Art von Rechtshandlungen vornehmen und diese in beliebigem Umfang.

Weiterhin ist der Frau die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen auf Grund der Schlüsselgewalt versagt. Ohne besondere Vollmacht ihres Mannes kann sie selbst nicht in solchen Angelegenheiten prozessieren, die an sich in den Bereich ihrer Schlüsselgewalt fallen⁷⁾. Der gesetzliche Vertreter kann und muß dagegen für den von ihm Vertretenen prozessieren.

⁵⁾ Dies auch dann, wenn die Frau aus eigenem Geld bezahlte, vgl. OLG Braunschweig v. 29. XI. 12 = Rsp. 26/212, v. 12. X. 05 = DJZ 1906/210. Ueber den Irrtum des Dritten, der mit der Frau abzuschließen gedachte, vgl. Knitschky, Mecklb. Zeitschr. f. Rechtspflege u. Rechtsw. 18/S. 156 ff.

⁴⁾ Von Ziegenhied, a. a. O. S. 37. Mit Recht hat man daher hier auf die Aehnlichkeit der Stellung des Prokuristen zum Prinzipal hingewiesen, vgl. z. B. Prot. IV, S. 107; dagegen fällt das gleichfalls angezogene Beispiel des Verhältnisses von Mündel zu Vormund (so O stern, S. 43) gerade unter den Begriff der gesetzlichen Vertretung.

⁵⁾ s. KG v. 4. XI. 10. Ia X 990/10.

⁶⁾ Daher verliert nach h. M. der gesetzliche Vertreter in gleichem Maße seine Vertretungsmacht, als der Vertretene geschäftsfähig wird.

⁷⁾ Näheres hierüber Kapitel V (S. 52).

Ferner sei noch angeführt, daß die Ehefrau aus § 1357 nur *berechtigt*, aber nicht auch *verpflichtet* wird, ihren Mann zu „vertreten“⁸⁾; zum Wesen der gesetzlichen Vertretung gehört es dagegen gerade, daß der Vertreter vertreten muß.

Daß schließlich in § 1357 überhaupt kein Fall einer Vertretung gegeben ist, wird weiter unten noch näher auszuführen sein.

Die Ansicht, daß die Frau gemäß § 1357 gesetzliche Vertreterin ihres Mannes sei, wird heute auch von niemandem mehr ernstlich vertreten. Aber auch nur die Bezeichnung der Frau als „gesetzliche Vertreterin“ wird im allgemeinen vorsichtig vermieden⁹⁾. Dagegen wird mit Vorliebe der Ausdruck „gesetzliche Vertretungsmacht“¹⁰⁾ verwendet, auf jeden Fall die Frau als Vertreterin ihres Mannes (von Gesetzes wegen)¹¹⁾, und die Institution des § 1357 mit Rücksicht auf Absatz 1 Satz 2 als eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 164, Abs. 2 angesehen. Während nach dem letzt-erwähnten Paragraphen bei der gewöhnlichen Stellvertretung eine ausdrückliche Erklärung des Vertreters, er handele als solcher, nötig sei, um ihn nicht selbst zu verpflichten, sei umgekehrt nach § 1357 eine ausdrückliche Erklärung der Frau, sie handele im eigenen Namen, erforderlich, um nicht ihren Mann zu verpflichten¹²⁾. Also ein Fall der Vertretung mit umgekehrten Vorzeichen liege vor.

Stellt nun aber § 1357 wirklich einen Fall der Vertretung dar, wie es ganz allgemein, allerdings ohne jede nähere Begründung behauptet wird?

Das Gesetz selbst spricht, wie wir schon bemerkten, von „vertreten“, und diesem Ausdruck ist es wohl auch zuzuschreiben, daß die herrschende Ansicht ebenfalls einen Fall der Vertretung annimmt. Über die rechtliche Bedeutung der Vertretung im Sinne des BGB. ist man sich dabei jedoch anscheinend im Unklaren. Es erscheint daher tunlich, kurz auf die allgemeinen Lehren einzugehen, die das BGB. über die Stellvertretung aufgestellt hat.

Das BGB. kennt nur eine direkte Stellvertretung, d. h., nur wenn der Vertreter sich als solcher zu erkennen gibt oder dies sonst aus den Umständen zu ersehen ist, treffen die Wirkungen

⁸⁾ Dies ist freilich bestritten, vgl. Anm. 26—28 dieses Kapitels.

⁹⁾ Hierzu Riezler, Ziv. A. 98, S. 377.

¹⁰⁾ So Menzel, S. 611, Josef, „Recht“, 1908, S. 441, Stern, S. 61. Der Ausdruck „gesetzliche Vollmacht“ ist widersinnig, weil man unter Vollmacht gerade die durch Rechtsgeschäft verliehene Vertretungsmacht versteht.

¹¹⁾ Schloßmann, a. a. O., S. 197.

¹²⁾ Vergl. a. OLG 18/254.

des Rechtsgeschäftes nicht ihn, sondern den Vertretenen (sogen. Offenheitsprinzip). Die indirekte Stellvertretung, die nur im Innenverhältnis erscheint und dem römischen Recht allein bekannt war, hat sich zwar in der neueren Praxis eine gleichberechtigte Stellung erringen können, und ihre Regelung ist aus Verkehrsgründen der der direkten Stellvertretung auch weitgehend angeglichen¹³⁾; für das BGB. existiert sie jedoch nicht und stellt daher keinen gesetzlichen Begriff dar.

Direkter und indirekter Stellvertretung ist nur eines gemeinsam: Der Vertretungswille bei Vertreter und Vertretenem. Ohne Vertretungswillen der Parteien ist eine Vertretung unmöglich. Bei der indirekten Stellvertretung tritt dieser Vertretungswille — wenngleich vorhanden — nun nicht zutage, bleibt eine Angelegenheit zwischen Mandant und Mandatar, sei es, daß Vertreter und Vertretener es so verabreden, sei es, daß der Vertreter seinen Vertretungswillen zwar zum Ausdruck bringen wollte, jedoch nicht oder nicht genügend zum Ausdruck gebracht hat. Im letzteren Fall bestimmt das Gesetz aus Sicherheitsgründen ausdrücklich, daß der Mangel des Willens des Vertreters, nicht im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht kommt, d. h. der Vertreter wird selbst verpflichtet (§ 164 Abs. 2 BGB.).

Wenden wir uns nunmehr der Schlüsselgewalt wieder zu. Das Gesetz sagt in § 1357 Abs. 1, Satz 2: „Rechtsgeschäfte der Frau . . . gelten als im Namen des Mannes vorgenommen, wenn nicht aus den Umständen sich ein anderes ergibt“. Damit erscheint in der Tat jene herrschende Ansicht auf den ersten Blick gerechtfertigt, welche einen Fall der Stellvertretung mit der besonderen Maßgabe annimmt, im Gegensatz zu der allgemeinen Regel des § 164 Abs. 2 seien die Rechtsgeschäfte der Frau auch bei begrifflich vorliegender indirekter Vertretung Geschäfte des Mannes¹⁴⁾.

Diese Anschauung ist jedoch unzutreffend.

Meist wird eine Frau bei ihren täglichen Einkäufen nicht nur als Vertreterin des Mannes nicht erkennbar sein, sondern sie wird auch absolut keinen Vertreterwillen haben. Ebenso wenig, wie sie sich als Vertreterin des Mannes ausgibt, ebenso wenig denkt sie daran, als Vertreterin zu handeln. Sie macht sich vielmehr überhaupt keine Gedanken darüber, für wen sie handelt; sie „kauft eben ein“. Ebenso weiß auch der Mann nichts von den Geschäften, geschweige daß er sie genehmigen könnte. Damit aber fehlt der

¹³⁾ Insbesondere in der Schadenersatzfrage; vgl. z. B. RGZ 58/42, 62/332, 90/246.

¹⁴⁾ So z. B. Staudinger 3 b a, Wieruszowski, S. 45, Richter a. a. O., S. 40, Vgl. a. das in Anm. 3 d. Kapitels zitierte Urteil des OLG Braunsch. = DJZ 1906 S. 210.

wesentlichste Bestandteil der Vertretung. Denn eine Vertretung ohne Vertreterwillen auf Seiten auch nur einer Partei ist überhaupt nicht denkbar¹⁵⁾, ist ein logischer Widerspruch. Hier kann von Vertretung nicht mehr gesprochen werden.

Andererseits wollte das Gesetz jedoch auf jeden Fall erreichen, daß für die hausfraulichen Geschäfte allein der Mann hafte; es wollte also die typischen Wirkungen der direkten Stellvertretung herbeiführen. Wollte es diesen Erfolg, so konnte es einen an und für sich gegebenen logischen Widerspruch durch eine spezielle positive Bestimmung — wenn nicht lösen, — so doch praktisch beseitigen. Es präjudizierte daher in § 1357 Abs. 1 Satz 2 ein für allemal die Wirkung einer Vertretung und schuf damit zumindestens eine Fiktion¹⁶⁾.

Zusammengefaßt ergibt sich also folgendes: Einerseits liegt in der Mehrzahl der Schlüsselgewaltsgeschäfte eine Vertretung mangels eines Vertretungswillens oder Handelns in fremdem Namen nicht vor. Andererseits wollte das Gesetz die Wirkungen der Stellvertretung auf alle Fälle eintreten lassen. Somit schrieb es diese Wirkungen ausdrücklich vor für Fälle, wo sie normalerweise niemals eintreten könnten, weil das Essentiale der Vertretung (auch der indirekten!), der Vertretungswille eben fehlt. Würde in § 1357 nur die Erkennbarkeit der Vertretung als unwesentlich erklärt, so hätte das Gesetz einen Fall der indirekten Vertretung abweichend von § 164, Abs. 2, der direkten Stellvertretung ausnahmsweise gleichgestellt (und daß dies vorliege, behauptet die herrschende Meinung). Da aber nicht nur die Erkennbarkeit des Vertretungswillens, sondern auch der Vertretungswille selbst fehlen darf, liegt nicht einmal eine indirekte Vertretung vor. Die Tatsache, daß die Frau zu Lasten des Mannes handeln kann, ist noch kein Beweis dafür, daß dies auf Grund einer Vertretung geschehen müßte; unrichtigerweise schließt hier die h. M. von der Wirkung auf die Ursache. Nur der Erfolg einer Vertretung wird ohne Beachtung des Parteiwillens von Gesetzes wegen herbeigeführt¹⁷⁾.

¹⁵⁾ So treffend Manigk, a. a. O., S. 312, auf dessen dort niedergelegten Erkenntnissen sich die vorliegenden Ausführungen aufbauen.

¹⁶⁾ So Rosenberg, a. a. O., S. 23, Anm. 1, Biermann, S. 6, Hellmann, ZZP (Buschs Z.), XXXI, S. 357. Ostern, S. 55 spricht von einer „gesetzlichen Interpretationsregel“.

¹⁷⁾ Vgl. a. Kohler, Lehrb. III, 1 S. 73: „Wesentlich ist nur, daß die Frau innerhalb des Bereiches der Haushaltsgeschäfte handelt: tut sie dies, so springt das Geschäft sofort in seinen Rechtswirkungen auf den Ehemann über, und es treten die Folgen ein, wie wenn der Ehemann das Geschäft abgeschlossen hätte“.

Manigk bezeichnet daher Fälle, wie die der Schlüsselgewalt, die mit der gewöhnlichen Stellvertretung nichts zu tun haben und ohne Rücksicht auf den Willen der Handelnden Rechtswirkungen in einer anderen Person eintreten lassen, als notwendige Stellvertretung; er unterscheidet in diesem Zusammenhang eine gesetzliche Vertretung und eine gesetzliche Haftung¹⁸⁾. Und das ist in der Tat der entscheidende Punkt auch für die vorliegende Frage. Dem Gesetzgeber kam es nur auf die gesetzliche Haftung des Ehemanns an; konnte er diese auf dem Wege über die Vertretung nicht erreichen, so verzichtete er eben ganz auf dieses Institut und schuf eine Sonderregelung¹⁹⁾. Dies eben ist § 1357.

Stellt mithin die Schlüsselgewalt überhaupt keinen Fall der Vertretung dar, so können die Vorschriften der §§ 164 ff BGB. auch keine Anwendung auf sie finden, selbst nicht auf dem Wege der Analogie. Auch dann, wenn die Frau gelegentlich ausdrücklich im Namen ihres Mannes auf Grund ihrer Schlüsselgewalt handelt, liegt trotzdem keine Vertretung nach § 164 Abs. 1 vor; das Geschäft ist lediglich nach § 1357 zu beurteilen.

Obwohl eine gewisse Ähnlichkeit nicht zu leugnen ist, stellt § 1357 auch keinen Fall des sogenannten „Geschäftes wen es angeht“ dar. Denn während bei letzterem nur die dingliche Seite des Geschäfts aus Zweckmäßigkeitserwägungen durch den im eigenen Namen aufgetretenen Kontrahenten hindurch auf den im Hintergrunde stehenden eigentlichen Geschäftspartner verlegt ist, geht bei Schlüsselgewaltsgeschäften das Geschäft mit sämtlichen dinglichen und obligatorischen Ansprüchen auf dem Ehemann über. Es liegt hier also eine viel stärkere Wirkung vor, als bei dem Geschäft wen es angeht²⁰⁾.

Entsprechend dem Außenverhältnis als „Vertretung“ wird das Innenverhältnis bei der Schlüsselgewalt meist unter dem Gesichtspunkte des „Auftrags“ angesehen²¹⁾. Die Schuld hieran tragen freilich die Gesetzesmaterialien selbst, die ausdrücklich auf die Analogie der Vorschriften über den Auftrag verweisen²²⁾. Schon früh aber haben sich Gegner dieser Anschauung gefunden, die sie aus den verschiedenartigsten Gründen, auf jeden Fall aber mit Recht bekämpfen.

¹⁸⁾ A. a. O., S. 312, insbes. Anm. 2, S. 313.

¹⁹⁾ So richtig Manigk, S. 338.

²⁰⁾ Gesetzliche Fälle des Geschäfts wen es angeht bieten dagegen die §§ 1381, 1646 BGB.

²¹⁾ So z. B. Staudinger, 3 a B, b B, Rosenfeld, S. 18, Richter, S. 19, 45 ff., Rohde, S. 65; mit Einschränkungen auch Ostern, S. 44, Stern, S. 83.

²²⁾ Vgl. Mot. IV, S. 118, Prot. IV, S. 107.

Scriba führt hierzu folgendes aus: Die Geschäfte des Hauswesens seien gemäß § 1356 gemeinsame Angelegenheit der Ehegatten. Stellte man nun die Frau als Beauftragte ihres Mannes hin, so führte sie mit den Schlüsselgewaltsgeschäften notwendigerweise fremde Angelegenheiten. Damit setze man sich aber in Widerspruch zu dem erwähnten Grundsatz des § 1356, folglich könne man § 1357 nicht nach Analogie des Auftrags behandeln²³⁾.

Scribas Ansicht ist irrtümlich. „Das gemeinschaftliche Hauswesen“ des § 1356 ist keineswegs identisch mit dem „häuslichen Wirkungskreis“ des § 1357 und kann daher mit letzterem nicht ohne weiteres identifiziert werden. Es gibt gewiß eine Anzahl von Geschäften, die absolut nicht das gemeinsame Hauswesen betreffen, wohl aber in den häuslichen Wirkungskreis der Frau fallen und dann von dieser als Angelegenheit (nur) des Mannes besorgt werden können. In vielen Fällen würden Scribas Argumente nicht stichhaltig sein; sie treffen auf jeden Fall nicht den Kernpunkt der Sache.

Richtiger schon nimmt Struëbe Bezug auf das allgemeine Wesen der Ehe; er hält mit diesem eine geschäftsmäßige Verbindung der Ehegatten nach den Grundsätzen des Auftrags für unvereinbar²⁴⁾). In der Tat hieße eine Beurteilung der Ehe nach den schematischen Bestimmungen eines Instituts der Schuldverhältnisse die Grundlagen der Ehe völlig verkennen. Struëbe will daher § 1357 lediglich nach allgemeinen Regeln und den Grundsätzen einer familienrechtlichen Geschäftsbesorgung interpretiert wissen, worin ihm zu folgen ist.

Wichtiger erscheinen noch die folgenden Erwägungen: Wir sahen soeben bei der Behandlung des Außenverhältnisses, daß § 1357 ius irregulare darstellt. Das Entsprechende gilt auch für das Innenverhältnis. Ebenso wenig, wie im Außenverhältnis Vertretung vorliegt, ebenso wenig liegt im Innenverhältnis ein Auftrag vor. Man könnte ihn freilich fingieren, da hier die Schwierigkeiten, wie sie bei der Fiktion der Vertretung auftauchten, nicht gegeben sind. Aber gegen eine solche Fiktion spricht die ganze Struktur des § 1357. Schon die Tatsache, daß § 1359 die Haftung der Frau auf eine *diligentia quam suis* beschränkt, läßt es bedenklich erscheinen, Auftragsgrundsätze für anwendbar halten; das Institut des Auftrags hängt doch, wie jedes Schuldverhältnis, in hohem Maße von dem Haftungsgrunde ab und dieser ist beim Auftrag der normale des § 276 BGB, eine Minderung der Haftung, wie sie durch § 1359 für die Ehefrau gegeben ist, widerläuft also der Basis des Auftrags. Darüber hinaus widerspricht aber auch die Anwendung von Auf-

²³⁾ Scriba, S. 76/77. Zustimmend auch Neustadt, Kritische Studien zum Familienrecht des BGB (1908), S. 216 ff.

²⁴⁾ Struëbe, ZBIFG, VI, (1905), S. 168.

tragsgrundsätzen der Tatsache, daß das Gesetz die Mandatstheorie beseitigen wollte, daß die Frau nicht mehr als Mandatarin ihres Mannes, sondern als Leiterin des Hauswesens, und damit selbständig handeln soll. Wie läßt sich diese ihre bevorzugte deutschrechtliche Stellung mit einer auch nur analogen Anwendung von Auftragsgrundsätzen vereinbaren? Angesichts dieses Widerspruchs muß die Verwendung von Auftragsgrundsätzen für die Schlüsselgewalt als ganz unzulässig angesehen werden.

Wir bedürfen ihrer aber auch garnicht. Wie wir im Außenverhältnis völlig mit der Konstruktion des § 1357 auskommen, reicht diese erst recht für das Innenverhältnis aus. Allein aus eben den Grundsätzen einer familienrechtlichen Geschäftsbesorgung für den Mann gemäß § 1357 haftet ihm die Frau. Ebenso begründen sich ihre Ersatz-, bzw. Befreiungsansprüche gegen ihren Mann, falls sie als Kontrahentin in eigenem Namen aufgetreten ist, unmittelbar aus § 1357²⁵⁾.

Es war oben schon angedeutet worden, daß der Frau in § 1357 nur ein Recht, nicht eine Pflicht gegeben wird. Allerdings spricht auch hier die Mehrzahl der Schriftsteller von einer Verpflichtung der Frau, ihre Haushaltsgeschäfte gemäß § 1357 abzuschließen²⁶⁾. Jedoch mit Unrecht. Denn nichts hindert die Frau, statt als „Vertreterin“ ihres Mannes ausdrücklich im eigenen Namen zu handeln und sich auf diese Weise ihrer hausfraulichen Pflichten zu entledigen²⁷⁾. Von einer Verpflichtung, ihre Geschäfte gemäß

²⁵⁾ So auch von Seeler, S. 84. Aus dem empfangenen Wirtschaftsgeld darf sie sich für durch Selbsteintritt erledigte Geschäfte befriedigen; dies ebenfalls unmittelbar aus § 1357, § 257 (beachte jedoch § 1429!), nicht aber aus § 181, wie Wieruszowski, S. 46, Anm. 37 meint. Auf jeden Fall wären die Befreiungsansprüche der Frau nie nach § 670 BGB zu beurteilen, auch wenn man Auftragsvorschriften für anwendbar halten wollte, (a. A. aber die h. M.). Denn eine Selbstverpflichtung der Frau widerspricht dem Normalfall des § 1357 Abs. 1. Satz 2 und wird daher auch dem Willen des Mannes nicht entsprechen. Damit entfällt aber die Vermutung eines Auftrags. Hier käme also höchstens die Anwendung von § 679 BGB in Betracht. Vgl. a. Hoerle, Kohlers Archiv XXXI, S. 133.

²⁶⁾ So von Ziegenhied, S. 30, 39, Wieruszowski, S. 38, 39, Rohde, S. 65; nicht ganz sicher Scriba, S. 77.

²⁷⁾ So Staudinger, 3 b B, Ostern, S. 74, von Seeler, S. 84, Stern, S. 80, Richter, S. 41. Die hier bekämpfte Ansicht beruht wohl lediglich auf einer Verwechslung. Sie denkt an die Verpflichtung der Frau, gemäß § 1356 den Haushalt zu führen und folgert hieraus die selbstverständliche Pflicht, daß die Frau auch die nötigen Rechtsgeschäfte für den Haushalt vorzunehmen habe (vgl. M. Wolff, § 43 III, 1 a. E.). Das ist ganz richtig; nicht aber ist die Frau verpflichtet, die Rechtsgeschäfte nun unbedingt im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt zu erledigen.

§ 1357 als Schlüsselgewaltsgeschäfte abzuschließen, kann daher keine Rede sein²⁸⁾).

Da § 1357 ein Recht der Frau statuiert, ist es auch unrichtig, von einer nur „gewillkürten“ Stellvertretung zu sprechen, wie dies Rosenberg tut²⁹⁾. Rosenberg führt zur Begründung seiner These an, daß die Vertretungsmacht der Frau zwar nicht als Folge einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung (Vollmacht) des Ehemanns, sondern zufolge dem Gesetz entstanden sei, daß sie aber doch in anderer Beziehung, z. B. in ihrer Dauer, in ihrem Umfange usw. dem Belieben des Mannes unterworfen sei, von dessen Willkür sie also abhinge.

Rosenberg übersieht hierbei jedoch, daß das Beschränkungs- und Ausschließungsrecht des Ehemannes nur ein Sicherheitsventil gegen die durch § 1357 der Ehefrau eingeräumte weitgehende Verpflichtungsbefugnis darstellt und an dem Charakter der Schlüsselgewalt als Recht der Frau im Prinzip nichts ändern kann. Die Bezeichnung des § 1357 als gewillkürte Stellvertretung dürfte demnach als irrtümlich abzulehnen sein.

Das Recht der Frau auf Ausübung der Schlüsselgewalt ist nach ganz allgemeiner Meinung nicht übertragbar³⁰⁾. Meist wird jedoch angenommen, daß es hinsichtlich der Ausübung übertragen werden könnte. Es wird z. B. angeführt, daß die erwachsene Tochter für die Mutter ein Dienstmädchen mieten könnte. Aber dieses Beispiel ist falsch. Keineswegs handelt hier die Tochter im Rahmen der Schlüsselgewalt ihrer Mutter. Vielmehr handelt die Mutter als Inhaberin der Schlüsselgewalt gemäß § 1357 und die Tochter erscheint lediglich als ihre Beauftragte. Das ist auch ganz richtig. Der Mann ist genügend gefährdet, wenn ihn seine Frau ohne sein Wissen und ohne seinen Willen verpflichten kann. Es erscheint als ganz ausgeschlossen, daß die Frau die Ausübung ihrer Schlüsselgewalt auch noch dritten Personen überlassen könnte und damit der Mann jede Kontrolle über die ihn treffenden Verpflichtungen verlöre.

Auch die Ausübung der Schlüsselgewalt darf daher nicht übertragbar sein. Wo von einem solchen Falle gesprochen wird, wird, wie eben dargestellt, in Wirklichkeit ein Auftrag vorliegen; mehr darf jedenfalls nicht vorliegen.

²⁸⁾ Für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht spricht auch der Umstand, daß § 1356 ausdrücklich von „Recht und Pflicht“, § 1357 nur von einem „Recht“ spricht. Allerdings wird die Schlüsselgewalt durch diese anderweite Möglichkeit der Frau, selbst einzutreten, zu keinem zwiespältigen Begriff. Sie bleibt ein Recht der Frau, das diese eben auch auf dem Umweg über den Selbsteintritt ausüben kann, vgl. a. v. Seeler, S. 89.

²⁹⁾ A. a. O., S. 552.

³⁰⁾ Siehe Stern, S. 62; mit einzelnen Ausnahmen auch Wieruszowski, S. 43, Anm. 25.

Schließlich sei noch bemerkt, daß das Recht der Schlüsselgewalt unabhängig von dem Güterstande ist, in dem die Ehegatten leben. Auch bei Gütertrennung steht die Schlüsselgewalt der Frau zu. Auch hier — und das ist das Wichtigste — wird der Mann allein berechtigt und verpflichtet³¹⁾.

Die grundsätzliche rechtliche Stellung der französischen Ehefrau wurde eingangs schon kurz gekennzeichnet. Es zeigte sich, daß sie in fast allen Geschäften des täglichen Lebens incapable geblieben ist und hier stets der ausdrücklichen und gehörigen Autorisation durch ihren Gatten bedarf.

Es nimmt kein Wunder, wenn dieses umständliche und antiquitierte Institut der Autorisation für die Schlüsselgewaltsgeschäfte der Frau eine Bedeutung nicht gewinnen konnte. Denn es erscheint undenkbar, daß die Hausfrau die mannigfachen Geschäfte des täglichen Lebens „pour les fournitures nécessaires au ménage et les dépenses courantes“ auf dem Weg, oder besser gesagt, auf dem Umweg jedesmaliger Beteiligung des Mannes erledigen sollte; hier wäre es schon einfacher, wenn auch ebenso unausdenkbar, wenn der Mann die Geschäfte allein tätigte.

Eine zu präsumierende stillschweigende Generalautorisation des Mannes hätte vielleicht einen gewissen Ausweg aus diesen Schwierigkeiten bieten können. Sie ist jedoch wegen der schon erwähnten zwingend vorgeschriebenen Formen und wegen des Erfordernisses der Spezialität der Autorisation unzulässig³²⁾. Einige sporadisch erschienene Urteile, die sich auf eine solche Präsumption zu berufen versucht haben, verstießen daher sicherlich gegen das Satzungsrecht des c.c.³³⁾. Zudem würde mit einer solchen vermuteten Autorisation auch nur erreicht, daß die Frau durch dergestalt abgeschlossene Haushaltsgeschäfte selbst verpflichtet würde. Dieser Erfolg ist dem französischen Gesetzgeber aber ebenso unerwünscht wie dem deutschen, denn die Belastung der Frau aus Wirtschaftsgeschäften widerspricht dem fast in

³¹⁾ Einen einzigen, durch die besonderen Verhältnisse sich ergebenden Ausnahmefall, bei dem die Frau durch ihre Schlüsselgewaltsgeschäfte selbst mitbetroffen werden kann, bildet lediglich § 1480 BGB. Im übrigen vgl. Kapitel V, Anm. 42.

³²⁾ Vgl. hierzu *Démolombe*, t. IV, no 197, *Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade*, t. II, no 2229, 2241. *Cass. Civ. c. 22 févr. 1893* = *D. P. 1893 I. 295* = *Sir. 1893 I. 182*. *Cass. requ. 30 déc. 1902* = *D. P. 1903 I. 150*. *Cass. Civ. c. 7 mars 1922* = *D. P. 1925 I. 136*.

³³⁾ *Z. B. Paris 5 mars 1895* = *Gaz. Palais 1895 I. 469*. Zu beachten ist allerdings, daß vielfach von „*autorisation tacite*“ gesprochen wird, während ein „*mandat tacite*“ gemeint ist. Diese Nachlässigkeit führt oft zu erheblichen Verwirrungen.

der ganzen Welt, und so auch in Frankreich geltenden Grundsatz, daß die Beschaffung des Unterhalts dem Mann obliegt (§ 1360 Abs. 1 BGB., Artikel 214 c.c.). In Deutschland ist die Konsequenz der Unterhaltspflicht des Mannes, seine Alleinhaftung aus den Haushaltsgeschäften durch § 1357, Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich vom Gesetzgeber gezogen worden; die Ehefrau wird durch die Geschäfte des Haushalts nicht belastet. In Frankreich dagegen sucht man mangels einer entsprechenden positiven Regelung die Forderung, die Frau nicht zu belasten, aus art. 214 c.c. selbst zu begründen³⁴⁾).

Die Autorisation jedenfalls kann nach dem Angeführten wegen ihrer ausgesprochenen Verkehrsfeindlichkeit für die Konstruktion einer Schlüsselgewalt nicht in Betracht gezogen werden. Der unbedingt notwendige concours du mari oder sein consentement par écrit — durch kein Surrogat zu ersetzen — macht ihre Verwendung völlig unmöglich.

Unter den eben geltend gemachten Gesichtspunkten: Ermöglichung von selbständigen Geschäftsabschlüssen der Hausfrau, aber Vermeidung ihrer Selbstverpflichtung entwickelte sich nun das schon erwähnte mandat tacite général de la femme, das auch für die Kindische Lehre vorbildlich gewesen ist. Die Schlüsselgewalt der französischen Hausfrau beruht nach heute herrschender Anschauung auf stillschweigender Vollmacht kraft einer praesumptio iuris³⁵⁾. Hinsichtlich ihrer Haushaltsgeschäfte wird also vermutet, daß der Mann seine Frau ermächtigt und beauftragt habe; den Mann treffen die Wirkungen des Geschäfts. Die Vermutung kann nur durch ganz bestimmte juristische Tatsachen oder Rechtshandlungen entkräftet werden³⁶⁾).

Freilich hat das Reichsgericht gelegentlich nachzuweisen gesucht, daß in Wirklichkeit eine stillschweigende Vollmacht überhaupt nicht vorliege, sondern nur eine tatsächliche Vermutung der Ermächtigungserteilung durchgreife. Das Reichsgericht hat sich, wie folgt, geäußert³⁷⁾: Für eine gesetzliche Vermutung einer der Frau erteilten Vollmacht fehle im code civil jeder Anhaltspunkt. Artikel 1420 c.c., auf den zur Begründung des mandat présumé par la loi gern verwiesen werde, habe für die Konstruktion einer Vollmacht außer Betracht zu bleiben.

³⁴⁾ Vgl. Binet, S. 32, 33.

³⁵⁾ So schon Démolombe, t. IV, no 169, 170, Planiol-Ripert, t. III, no 1099, Aubry et Rau (Bartin), t. VIII, S. 119, Guillaouard, t. II, no 865, Binet, S. 33. Trib. de la Seine 14 mars 1890, Paris (appel) 18 nov. 1890 = D. P. 1891 2. 257. mit Anm. von de Loynes. Cass. civ. r. 27 juin 1922 = D. P. 1922 1. 200.

³⁶⁾ Hierüber Näheres Kap. IV, Anm. 67 ff.

³⁷⁾ Urt. v. 13. 5. 1898 im Rhein. Archiv Bd. 94, Abt. 2, S. 27 bis 29.

Denn dieser Artikel bestimme lediglich die Wirkung einer schon vorhandenen Vollmacht, setze diese also voraus und lasse sich über die Frage, auf welchem Wege die Vollmacht zustande gekommen sei, überhaupt nicht aus. Es könne daher mangels irgend welcher anderer Unterlagen in Fällen hausfraulicher Geschäfte nur die erwähnte tatsächliche Vermutung Platz greifen.

Diese vom Reichsgericht gegen die absolut herrschende Lehre vertretene Ansicht ist materiellrechtlich sowohl wie für die Frage nach der Beweislast von größter Bedeutung. Denn während man eine tatsächliche Vermutung durch einen Gegenbeweis stets solange entkräften kann, als dies nicht gegen Treu und Glauben verstößt, bedarf eine stillschweigend erteilte Vollmacht eines besonderen Widerrufs, um im Prozeß als nicht bestehend angenommen zu werden.

Der Anschauung des Reichsgerichts ist jedoch nicht zu folgen. Es ist ihm allerdings zuzugeben, daß das *mandat tacite général* in art. 1420 c.c. eine genügende gesetzliche Begründung nicht findet. Die vom Reichsgericht ins Feld geführte Argumentierung, daß art. 1420 nur unter der Voraussetzung einer schon bestehenden Vollmacht anwendbar sei, keineswegs aber die Grundlage einer erst zu konstruierenden Auftragserteilung bilden könne, trifft vollkommen zu⁸⁸⁾. Das ist auch jüngst wieder von Kipp mit Recht ausdrücklich betont worden⁸⁹⁾. Überwiegend wird das aber auch in Frankreich anerkannt und, von geringen Ausnahmen abgesehen, denkt man nicht daran, die Konstruktion des *mandat* auf der Basis des Artikels 1420 aufzubauen.

Einer eingehenderen Untersuchung bedarf dagegen die Behauptung des Reichsgerichts, eine gesetzliche Vermutung einer der Frau erteilten Vollmacht fehle völlig im *code civil*.

Es ist unbestreitbar, daß eine *praesumptio iuris* einer zureichenden Begründung ihrer wirklichen rechtlichen Richtigkeit bedarf, wenn sie im Gesetz nicht eindeutig ausgesprochen ist; rechtspolitische Überlegungen allein reichen hierfür nicht aus. Die Notwendig-

⁸⁸⁾ Vgl. hierzu Binet, S. 39, auch Ostern, S. 6. Für eine geeignete Unterlage halten den Art. 1420 dagegen Rodière et Pont, t. II, no 792, von neueren: Baudry Lacantinerie, le *Courtois* e Surville, t. I, no 500, vgl. auch Zachariae-Crome, S. 90t Rothe, S. 12, Stern, S. 14. Einen ähnlichen Streit haben wir im deutschen Recht um die Bedeutung des § 276 BGB. Man versucht hier, aus § 276 eine direkte Schadenersatzpflicht abzuleiten, obwoh der Paragraph nach richtiger Anschauung nichts anderes darstellt, als die Definition der zivilrechtlichen Schuld. Vgl. hierzu Crome, Lehrb. § 250, III e, S. 65. Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, 2. Abt., § 278, II, 1 a, Staudinger, Vorbem. C II, §§ 275 bis 282.

⁸⁹⁾ Kipp, a. a. O., S. 22, 23,

keit, die Ehefrau im täglichen Leben mit einer gewissen geschäftlichen Beweglichkeit zu versehen, wäre also noch kein durchschlagender Grund, ein weitgehendes eheliches Mandat unter der Behauptung einer gesetzlichen Vermutung zu deklarieren.

Doktrin und Praxis in Frankreich waren und sind aber auch weit davon entfernt, Billigkeits- oder Zweckmäßigkeitserwägungen zum Ausgangspunkt ihrer Lehre vom *mandat tacite général de la femme* zu machen. Ihnen dient vielmehr in erster Linie die in art. 214 c. c. ausgesprochene *Unterhaltungspflicht des Mannes* zur Begründung eines ehelichen Auftragsverhältnisses⁴⁰⁾. Und diese Unterhaltungspflicht bildet in der Tat eine genügende Unterlage für ein zu präsumierendes Mandat, das die Entwicklung zu einem tatsächlich erteilten stillschweigenden Auftrag weiter gestaltet hat. Das *mandat* der Frau genießt heute in Frankreich die Behandlung einer gesetzlichen Vermutung kraft einer langen *consuetudo*. Auch im deutschen Recht ist ja, wie schon unterstrichen wurde, die Unterhaltungspflicht des Mannes das wichtigste (wenn auch nicht einzige) Gegenstück und eigentliche Correlat der Schlüsselgewalt. Die Schlüsselgewalt ist nur die natürliche Folge der durch Eheabschluß vom Manne übernommenen Unterhaltungspflicht⁴¹⁾ in Verbindung mit dem Gedanken, daß die Erledigung der Haushaltsgeschäfte im wesentlichen der Frau zufällt⁴²⁾. Letzterer Gedanke erscheint im BGB zu einem Recht der Frau verstärkt; die Besorgung der Geschäfte fällt ihr nicht zu, sondern sie steht ihr auch zu. Daß dieses Recht der Frau im französischen Recht fehlt, darf

⁴⁰⁾ Vgl. hierzu Gouy, *du mandat entre époux*, S. 115.

⁴¹⁾ Kipp, S. 120 scheint das leugnen zu wollen er schreibt: „Aus jener Verpflichtung des Mannes folgt keineswegs zwingend, daß er deswegen seiner Frau ein *mandat* erteilen und die Frau im Außenverhältnis haftfrei bleiben müßte.“ Kipp ist nicht beizutreten. Aus der stets primären Unterhaltungspflicht des Mannes folgt, wie wir weiter oben sahen, daß die Frau nicht selbst verpflichtet werden soll, denn damit übernehme sie die Sorge für die Beschaffung des Unterhalts. Wie soll sie nun anders selbst handeln und doch den Mann verpflichten können als durch ein *mandat*?

⁴²⁾ Der Mann, der beruflich tätig ist, vermag sich garnicht anders zu helfen, als indem er sich vertreten läßt. Dies erscheint derart selbstverständlich, daß das *mandat* der Frau als eine unumgängliche notwendige und daher auch legalisierte Erscheinung angesehen wird. Denn wer wäre wieder geeigneter als Mandatar als die Frau! „Or il a, à côté de lui un mandataire tout trouvé et qu'il emploie souvent: c'est sa femme (Planiol, t. III, no 1098). A. A. freilich, wie in dieser ganzen Frage, Kipp, S. 120. Die Sanktion des *mandat présumé* durch *consuetudo* übersieht Kipp völlig; hier kann man aber mit weit größerem Recht von einer Rechtsübung sprechen, als bei dem w. u. noch zu erörternden *pouvoir propre*, für das Kipp seinerseits eine gewohnheitsrechtliche Stärke beanspruchen will.

nicht dazu verleiten, die Ähnlichkeit, ja Gleichheit der den beiden Rechten zugrunde liegenden Maximen von der Erhaltungspflicht des Mannes zu übersehen. Hier liegt in der Tat der Kern des Problems gerade für das französische Recht. Unter dieser Perspektive bleibt das *mandat général de la femme* die vernünftigste (und rechtlich einwandfreie) Lösung, besonders, wenn man bedenkt, daß bei der *communauté* (dem gesetzlichen und häufigsten Güterstand in Frankreich) die Frau über Mittel überhaupt nicht verfügt. Das *mandat* stellt nur die zwangsläufig sich ergebende Konsequenz der übrigen gegenseitigen ehelichen Rechte und Pflichten dar. Unterhaltspflicht des Mannes, notwendige Erledigung der Haushaltsgeschäfte durch die Frau, Nichtwillen des Gesetzgebers, daß die Frau sich persönlich verpflichte, das alles fügt sich mit einer gewissen Selbstverständlichkeit zu dem Institut des *mandat domestique* zusammen.

Die Ansicht des Reichsgerichts, es liege keine gesetzliche, sondern nur eine tatsächliche Vermutung der Mandatserteilung vor, haftet vielleicht allzu sehr an äußeren Merkmalen und beachtet jedenfalls nicht die Übung der französischen Jurisprudenz: sie erscheint daher unrichtig. Ohne Zweifel hat das *mandat* die hier vertretene Form durch eine hundertjährige Usualinterpretation angenommen, und es besteht um so weniger Grund, die rechtliche Geltung dieser Übung anzuzweifeln, als sie gewiß nicht gegen eine ausdrückliche Bestimmung oder gegen den Geist des *code civil* verstößt und somit auch Bedenken der Interpretatoren in dieser Hinsicht weder bestanden haben, noch zu bestehen brauchten.

Dagegen spricht auch nicht die Tatsache, daß eine stillschweigende Mandatserteilung dem *code civil* nicht bekannt ist. Beim ersten Blick erscheint allerdings die Stellung des Gesetzes in dieser Frage als nicht ganz sicher. Richtig weist K i p p darauf hin⁴³⁾, daß zwar Absatz 2 des den Mandatsabschluß regelnden Artikel 1985 von einer stillschweigenden A n n a h m e des Mandats spricht, daß aber Absatz 1 eine E r t e i l u n g des Mandats nur in öffentlicher, privatschriftlicher (brieflicher) und mündlicher Form kennt (*ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, même par lettre... aussi... verbalement*). Diese Gegenüberstellung des Gesetzes erscheint auffällig genug und könnte eher gegen die Zulassung des stillschweigenden Mandats sprechen als dafür. Jedoch trägt auch K i p p, der einhelligen Meinung der französischen Jurisprudenz folgend, keinerlei Bedenken, trotzdem das *mandat tacite* für gesetzmäßig zu halten. Und das mit gutem Grund. Das konkludenter erteilte Mandat ist eine fest verwurzelte Erscheinung im französischen Recht. Daran

⁴³⁾ a. a. O., S. 23.

hat auch der code civil nicht rütteln wollen; art. 1985 stellt nur eines der zahlreichen Beispiele des Gesetzbuches dar, bei denen ein Fall unvollständig, fast flüchtig geregelt wird. So ist im Ernst niemand darauf verfallen, den Absatz I des Artikel 1985 als ein Verbot oder als Ignorierung des stillschweigenden Mandats anzusehen⁴¹⁾; es gilt als unbedingt erlaubt⁴⁵⁾. Damit steht aber auch nichts mehr im Wege, der Frau ein mandat tacite zuzusprechen⁴⁶⁾, denn das Gesetz räumt ihr als Mandatar die gleiche Stellung ein wie jedem anderen Dritten.

Die incapacité der Frau nämlich, und die hieraus sich ergebende Notwendigkeit einer autorisation, ausschlaggebender Gesichtspunkt bei ihren eigenen Geschäften, bleibt bei dem Mandatsverhältnis völlig außer Betracht. Die Frau, die als Bevollmächtigter handelt, bedarf keines Schutzes, da sie ja nicht selbst aus dem Geschäft verpflichtet wird⁴⁷⁾. Dieser Tatsache hat auch der code civil besonders Rechnung tragen zu müssen geglaubt; er bestimmt in art. 1990: „Les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires.“ Auch ohne daß diese Vorschrift vorlag, wäre man wohl zu demselben Ergebnis gelangt, denn es entspricht einem überall geltenden Rechtsgrundsatz, nach dem die Wirksamkeit einer vom Vertreter abgegebenen oder entgegengenommenen Willenserklärung durch die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertreters nicht beeinträchtigt wird, eben weil die Wirkung der Vertretung den Vertretenen trifft (in Deutschland: § 165 BGB). Aus demselben Grunde ist freilich volle Geschäftsfähigkeit des Vertretenen — in unserem Falle — also des mari — unbedingt erforderlich⁴⁸⁾.

Eine scheinbare Schwierigkeit, die sich bei der Frage der Beweiserhebung für den Dritten ergibt, wird in Kapitel VI noch behandelt und als unwesentlich erkannt werden. Der oben entwickelten, der herrschenden Auffassung entlehnten Konstruktion, bzw. Begründung des mandat tacite de la femme als Schlüsselgewalt der französischen Hausfrau kann daher in allen wesentlichen Teilen

⁴¹⁾ Vgl. z. B. Cass. civ. c. 29 déc. 1875 D. P. 1876 I. 149. Cass. requ. 7 nov. 1899 D. P. I. 553.

⁴²⁾ Planiol-Ripert, t. II. No. 2241, Aubry et Rau (Bartin) t. VI. § 441. no 1.

⁴³⁾ Eine (schriftliche) spezielle „procuration“ ist nur für „actes graves“ erforderlich (vgl. Planiol-Ripert, t. III. no 1099), genau, wie nach deutscher Praxis die Frau für die aus dem Rahmen der Haushaltsgeschäfte fallenden Käufe (z. B. einer Wohnungseinrichtung) einer besonderen Ermächtigung bedarf.

⁴⁴⁾ Vgl. Démolombe, t. IV, no 170, Planiol-Ripert, t. II, no 2240 bis, t. III, no 1099, Toullier, XII, no 242.

⁴⁵⁾ Hierzu vgl. Cass. civ. r. 20 janv. 1892 = D. P. 1892 I. 229.

unbedenklich beigetreten werden. Damit wendet sich diese Arbeit gegen eine neue Doktrin, die das mandat für überlebt hält und mit der sie sich weiter unten noch auseinandersetzt: Die Theorie vom *pouvoir propre* der Frau.

Die rechtlichen Folgen dieses mandat sind praktisch ziemlich die gleichen, wie in Deutschland.

1. Der Mann wird verpflichtet. 2. Der Mann wird allein verpflichtet. Da seine Unterhaltungspflicht von dem zwischen den Ehegatten vereinbarten Güterstand unabhängig besteht, ist auch das mandat de la femme immer gegeben⁴⁹⁾. Im Normalfall (gesetzlicher Güterstand) fällt die Schuld in das Gemeingut (art. 1409, Abs. 2 c. c.).

Die Frau wird durch ihre Geschäfte regelmäßig nicht verpflichtet; das ergibt sich, abgesehen von den Wirkungen des Mandats, ganz prinzipiell aus ihrer incapacité⁵⁰⁾. Einen wichtigen Ausnahmefall bildet aber ihre Verhaftbarkeit auf Grund des Gesetzes vom 13. Juli 1907⁵¹⁾.

⁴⁹⁾ Démonombe, t. IV., no 169, Binet, S. 62 ff., Gouy, du mandat, S. 131.

⁵⁰⁾ Das gleiche Resultat wird in Deutschland, wo die Frau geschäftsfähig ist, durch § 1357, Abs. 1, Satz 2 erreicht.

⁵¹⁾ Der weitere Ausnahmefall des art 220 c. c. (femme marchande) gehört nicht hierher, da die unbeschränkte Verpflichtungsfähigkeit der femme marchande sich nur auf deren Handelsgeschäfte bezieht und daher für Schlüsselgewaltsgeschäfte keine Bedeutung hat. Zum Gesetz v. 13. Juli 07 vgl. aus der umfangreichen Literatur: Pichon, revue critique 1908, S. 93 ff., Lalou, droits de la femme mariée sur les produits de son travail, 1910 (hierzu; D. P. 1910 2. 281 und die Anmerkung von Lalou zu Douai 1 avr. 1912 = D. P. 1913 2. 17.), Sourdois, revue trimestrielle 1907, no 3, Chéron, revue trimestrielle, 1909, S. 752 ff., Bartin bei Aubry et Rau, t. VII. S. 451.

Bezüglich einer actio de in rem verso gegen die Frau vgl. Cass. civ. r. 17 déc. 1901 = D. P. 1903 I. 153. Cass. civ. c. 2 janv. 1901 = D. P. 1901 I. 16. Paris 8 juill. 1925 = D. P. 1926 2. 77.; letztere Entscheidung mit sehr beachtlicher Anmerkung von Nast. Wegen der Beweislast s. Cass. civ. c. 16 nov. 1886 = Sir. 1887 I. 56.

Ein lebhafter Streit herrscht schließlich über die Frage, ob die Beitragspflicht der in Gütertrennung lebenden Frau gemäß art. 1448 c. c. direkt auch von Dritten erfaßt werden kann, wenn diese mit dem Manne (evtl. durch die Frau als Mandatarin) Haushaltsgeschäfte getätigt haben. An sich liegt hier nur eine obligatorische Bindung der Frau gegenüber ihrem Manne vor, auf die die Gläubiger des Mannes keinen Beschlag legen könnten (so richtig: Laurent, t. XXII., no 284, Planiol, t. III., no 1438. „Il ne faut pas oublier, que d'après l'article 214, l'entretien de la femme est à la charge du mari“). Anderer Ansicht freilich die herrschende Lehre, so Guillaouard, t. III, no 1222, Colin et Capitant, III., 253, Huc, IX., no 276. Cass. requ. 25 mai 1891 = D. P. 1892 I. 20., Trib. civ. Seine 26 déc. 1925 = D. P. 1926 2. 77. (Nast). s. a. Montpellier 3 nov. 1925 Gaz. Palais 27 XI. 1925, vgl. a. art. 1537, Näheres in den ausgezeichneten Ausführungen von Kipp, S. 54—58.

Dieses Gesetz besagt, daß die femme mariée, die einen selbstständigen Beruf inne hat, über die Früchte ihrer Arbeit frei vom Zwang der autorisation verfügen kann. Zu diesem Zweck wird der Verdienst als besondere Vermögensmasse (masse distincte), als „biens réservés“⁵²⁾ geführt. Dies Vermögen haftet den Gläubigern der Frau unbedingt. Da man aber der Ansicht war, daß das von der Frau verdiente Geld in erster Linie dem Haushalt zugute kommen sollte, hat man auch den Gläubigern des Mannes — soweit dieser dans l'intérêt du ménage gehandelt hat — den Zugriff auf die biens réservés gestattet⁵³⁾ (loi du 13 juill. 1907, art. 3, Absatz 2). Dies entspricht auch der ganzen übrigen Tendenz des Gesetzes, welches die biens réservés trotz ihrer Absonderung dennoch in der communauté einbegriffen sieht oder wenigstens in dieser Richtung dauernd interpretiert worden ist⁵⁴⁾.

Von diesen Fällen abgesehen, steht aber die Nichthaftung der Frau aus ihren Haushaltsgeschäften eben wegen des mandat général fest.

Im einzelnen ergeben sich natürlich Diskrepanzen zwischen der nicht allzu elastischen Konstruktion des mandat tacite und den stetig wachsenden Anforderungen des neuzeitlichen geschäftlichen Verkehrs. Wie überall sonst, sind auch hier die etwas starren Formen einer Rechtseinrichtung mit den so mannigfaltigen Erscheinungen des täglichen Lebens nicht immer ganz in Einklang zu bringen. Daß sich deshalb auch beim mandat de la femme die Rechtsanwendung bei Behandlung des Einzelfalles mit dem Prinzip gelegentlich in Widerspruch setzen kann, wird nicht weiter Wunder nehmen.

Diese Unzulänglichkeiten haben aber neuerdings Anlaß gegeben, das mandat als zu eng anzusehen und deshalb als unbrauchbar zu verwerfen. Insbesondere hat Kipp in Übereinstimmung mit einer beachtlichen Doktrin das mandat für überlebt, für eine „inhaltsleere Konstruktion“ erklärt und statt dessen die Annahme eines pouvoir propre, eines vom Manne unabhängigen, aus allgemeinen Rechtsgründen sich ergebenden Rechtes der Frau propagiert⁵⁵⁾. Damit wäre allerdings eine weitgehende Annäherung, ja fast Angleichung an die Ideen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches

⁵²⁾ Der Ausdruck ist dem deutschen Recht entnommen („Vorbehaltsgut“), vgl. a. Barré, § 138.

⁵³⁾ Hierzu: Planiol, t. III. no 1143 bis, Chéron, a. a. O., S. 767 ff.

⁵⁴⁾ Planiol, t. III. no 1045, 1143 bis, Colin et Capitant, III, S. 145–147.

⁵⁵⁾ Kipp, S. 119 bis 121. Vgl. a. Chéron, étude sur l'adage „Uxor nun propria est socia, sed speratur fore“ (thèse, 1901), S. 244, Colin et Capitant, III. 106, vorsichtiger aber Planiol-Ripert, t. III., no 1099 a. E., allerdings zust. t. I, no 958.

erzielt, denn mit dem *pouvoir propre* besäße nunmehr die Frau eine Schlüsselgewalt kraft *consuetudo*, also kraft Gesetzes, nicht mehr von Mannes Gnaden.

Wie sehr ein solcher *pouvoir* der Frau der allgemeinen Einstellung des Code und seiner Interpretanten zuwiderlaufen würde, braucht wohl nicht betont zu werden. Wenn Kipp jedoch behauptet, daß die von ihm verfochtene Anschauung als „vom Gewohnheitsrecht getragen angesehen werden darf“⁵⁶⁾, so ist ihm hier zu widersprechen. Oben wurde bei der Begründung des *mandat* betont, daß Verkehrsnotwendigkeiten allein zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes nicht ausreichen können; hierin unterscheidet sich die *consuetudo* von der *Usance*. Wenn Kipp nun das *mandat* lediglich wegen seiner unbestreitbaren Unzulänglichkeit, also aus Verkehrsgründen beseitigt und durch ein *pouvoir propre* ersetzt wissen will, so fehlt für dies neue Institut die unerläßliche *opinio iuris*. Denn ein *pouvoir* der Frau steht zu ihrer bekannten *incapacité* in einem unlösbaren Widerspruch.

Die Lehre vom *pouvoir propre* will an die Stelle einer Unzulänglichkeit eine Unrichtigkeit setzen. Die herrschende Meinung in Frankreich ist ihr auch nicht — Kipp meint: noch nicht — gefolgt. Abhilfe für die von Kipp ganz richtig erkannten Inkonssequenzen bei der praktischen Auswirkung des *mandat* könnte nur eine gesetzliche Regelung bringen, die über die Erleichterungen des Gesetzes vom 13. juill. 1907 hinaus die *incapacité* der Frau gänzlich aufhebt⁵⁷⁾. Einstweilen jedoch erscheint es richtiger, bei der, wenn auch veralteten Institution des *mandat* zu verharren, als durch bedenkliche Konstruktionen gegen Fundamente des französischen Zivilrechts zu verstoßen.

Die beim *Mandat* sich ergebende Stellung der Frau war für das Außenverhältnis bereits gekennzeichnet worden. Gegenüber dem Dritten bedarf die Frau keiner Autorisation des Mannes, da sie als stillschweigende Mandatarin handelt und durch die abgeschlossenen Geschäfte nicht belastet wird. Für das Innenverhältnis dagegen bleibt eine Autorisation unerläßlich. Denn mit dem Auftragsvertrag geht die Frau ihrem Manne gegenüber eine Verpflichtung ein, und zu dieser bedarf sie seiner Zustimmung. Man hat in Frankreich hinsichtlich der Erteilung dieser Autorisation keine großen Bedenken gehabt; man sieht in dem *mandat* des Gatten gleichzeitig seine persönliche Mitwirkung bei der Auftragserteilung, und damit eben eine gehörige Autorisation⁵⁸⁾. Die Schwierigkeiten der Einzelautorisation sind nun behoben, weil die Frau auf Grund

⁵⁶⁾ a. a. O., S. 121.

⁵⁷⁾ So richtig Planiol-Ripert, t. III., no 1462 bis.

⁵⁸⁾ Vgl. a. Cass. civ. c. 24 déc. 1917 = D. P. 1921 I. 13.

eines gehörig autorisierten, im Innen-, wie Außenverhältnis gültigen Auftragsvertrages die verschiedensten Geschäfte ausführen kann.

Die Frau haftet ihrem Manne aus den für seine Rechnung abgeschlossenen Geschäften wirksam nach Maßgabe der allgemeinen Auftragsgrundsätze. Die schweren Bedenken, die im deutschen Recht gegen eine analoge Anwendung der Bestimmungen über den Auftrag geltend gemacht sind, entfallen für das Gebiet des französischen Rechts gänzlich, da die spezifisch familienrechtliche Note, die der Schlüsselgewalt anhaftet, dem mandat der femme mariée eben fehlt. Immerhin ist auch im Rechte des code civil eine vorsichtige Anwendung der Mandatsregeln am Platze⁵⁹⁾.

Kapitel IV.

Voraussetzungen und Beendigungsgründe der Schlüsselgewalt.

Die Schlüsselgewalt ist nach der Überschrift des ersten Abschnitts, fünften Titels, vierten Buches des BGB eine „Wirkung der Ehe im allgemeinen“. Der Abschluß einer Ehe, und zwar einer gültigen Ehe ist also für das Wirksamwerden des § 1357 erforderlich; die Rechte aus ihm stehen nur der Ehefrau zu. „Denn es gehört zum Wesen der Schlüsselgewalt, daß die Inhaberin einen Rechtsanspruch hat“¹⁾.

Diese aus Wortlaut und Stellung des § 1357 klar erkennbare, unerläßliche Voraussetzung der Schlüsselgewalt erscheint vollends als selbstverständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß auch die deutsche Schlüsselgewalt das Gegenstück zu der dem Manne obliegenden Unterhaltungspflicht bildet. Nur weil der Mann die Frau zu unterhalten hat, kann diese ihn auch ohne weiteres verpflichten. Diese Unterhaltungspflicht ist nun gleichfalls an das Erfordernis der Eheschließung gebunden. Hieraus muß gefolgert werden, daß eine Anwendung des § 1357 auf nur eheähnliche Verhältnisse nicht möglich ist; dort fehlt eben die gesetzliche Unterhaltungspflicht und damit die wahre Begründung für eine nach Analogie zu bildende Schlüsselgewalt. Schon früher wurde daher darauf hingewiesen, daß z. B. die Braut, die Rechtsgeschäfte mit ausdrücklicher Bezugnahme auf

⁵⁹⁾ Die Frau haftet dem Manne nur für Vorsatz und individuelle Fahrlässigkeit (art. 1992, Abs. 2 c. c.). Der Rechtszustand entspricht also in Frankreich vollkommen dem deutschen, worauf von Kipp, S. 90 richtig hingewiesen wird.

¹⁾ Ostern, S. 14.

ihre künftige Ehe abschließt, keineswegs im Rahmen einer Schlüsselgewalt handelt²⁾). Als weitere Beispiele wurden angeführt die Wirtschafterin oder die Schwester, die dem Dienstherrn bzw. dem Bruder den Haushalt führte, und mit Recht ist für alle diese Fälle auf das für den ehelichen Haushalt gerade verpönte Mandat verwiesen worden. In der Tat ist das Mandat hier nicht nur die einzig mögliche, sondern auch sinngemäße Konstruktion. Durch nichts konnte der Charakter der Ehe vom Gesetzgeber besser betont werden, als indem er für diese allein das Institut der Schlüsselgewalt vorbehielt, für eheähnliche Verhältnisse aber die gewöhnlichen Regeln, bzw. Vermutungen gelten ließ.

In diesem Zusammenhang interessiert aber bei weitem am meisten die Entwicklung der sogenannten freien Ehe. In steigendem Maße wird heute eine nur tatsächliche Bindung der rechtlichen vorgezogen; in der Union der Sowjetrepubliken wird die Form des freien Zusammenlebens sogar staatlich anerkannt und favorisiert. Es ist hier nicht der Platz, über die Vorzüge oder Nachteile dieser Einrichtung zu streiten, sondern es interessiert nur die rechtliche Subsumtion einer dem Gesetz, und insbesondere dem BGB unbekannten Materie.

An und für sich wäre es außerordentlich erwünscht, in diesem Falle eine Ausnahme machen und eine analoge Verwendung des § 1357 zulassen zu können. Denn einerseits ist hier für einen gutgläubigen Dritten eine Unterscheidung von einer wirklichen Ehe vielfach ganz unmöglich, andererseits erscheint es aber als eine starke Benachteiligung des gültig verheirateten Ehemanns, wenn man den in freier Ehe lebenden Quasiehemann von jeglicher Haftpflicht, wie sie § 1357 schafft, freisprechen will.

Doch es bleibt die bedauerliche Feststellung zu treffen, daß wir auch hier nur auf die allgemeinen Auftragsvermutungen zurückgreifen können, da die rechtlich nicht existierende Ehe eben keinerlei Wirkungen, weder Rechte noch Pflichten hervorzubringen vermag. Ein Schutz gutgläubiger Dritter über die Vermutung eines Auftrags hinaus ist also nicht gegeben, eben weil mit der Verneinung der Anwendbarkeit des § 1357 auch dessen Prinzip des Gutgläubenschutzes entfällt.

Wie die freie Ehe, so beurteilt sich auch der Oberbegriff, das *matrimonium non existens* (§ 1329 Satz 2 BGB) nicht nach § 1357. Hat z. B. nur eine kirchliche Trauung stattgefunden, so ist diese „Ehe“ rechtlich unwirksam³⁾. Ein Schutz Dritter ist auch hier ausgeschlossen (§ 1344, Abs. 2).

²⁾ Staudinger, 2a, Opet, Bem. 3a, Richter, S. 20, Hoerle a. a. O., S. 129.

³⁾ Darüber hinaus belegt das Gesetz den schuldigen Religionsdiener mit Strafe (P. St. G. v. 6. Febr. 1875, § 67, also eine *lex plus quam perfecta*!).

Anders als bei der absolut nichtigen Ehe ist der Dritte dagegen bei nur relativ nichtiger (§§ 1324—1328) oder anfechtbarer Ehe (§§ 1331—1335, § 1350) geschützt. Denn wenn auch eine (durch Klage geltend zu machende) Anfechtung ex tunc wirkt (§ 1343), so greifen doch zu Gunsten des Dritten die Vorschriften des § 1344 Abs. 1 ein. Hiernach muß die Ehe für nichtig erklärt oder die Nichtigkeit dem Dritten bekannt gewesen sein, um ihm zu schaden. Im Innenverhältnis wird überdies die schuldlose Frau durch § 1345 gedeckt⁴⁾.

Mit gültigem Abschluß der Ehe sind aber auch normaler Weise die Voraussetzungen der Schlüsselgewalt erfüllt. Nur in Ausnahmefällen können besondere Ereignisse noch hindernd wirken und das Eintreten der Schlüsselgewalt vereiteln, bzw. diese wieder beenden.

Zu diesen zählt in erster Linie die Geschäftsunfähigkeit der Frau. La die Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen nichtig sind (§ 105 BGB), kann in diesem Falle die Frau weder im Außen- noch im Innenverhältnis wirksam Kontrahentin sein⁵⁾. Da andererseits die Schlüsselgewalt, wie wir schon feststellten, unübertragbar ist und als höchstpersönliches Recht auch nicht vom gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden kann, so entfällt sie also bei Geschäftsunfähigkeit der Frau völlig.

Die nur geschäftsbeschränkte Frau dagegen ist durchaus imstande, Schlüsselgewaltsgeschäfte zu tätigen, wobei es gleichgültig bleibt, ob sie minderjährig oder ob sie entmündigt ist (§ 114 BGB⁶⁾). Das ist ganz allgemein anerkannt; nur begründet die herrschende Lehre ihre Meinung durch Heranziehung des § 165 BGB⁷⁾. Da weiter oben die Anwendbarkeit der Stellvertretungsgrundsätze auf die Schlüsselgewalt strikte abgelehnt worden ist, kann diese Beweisführung als richtig nicht anerkannt werden. Vielmehr ergibt sich die Fähigkeit der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Frau, im Rahmen des § 1357 zu handeln, ohne weiteres aus diesem selbst im Zusammenhang mit den allgemeinen Vorschriften über die Eingehung der Ehe; da weder hier noch dort die Volljährigkeit der Frau verlangt wird, diese im Gegenteil vom 16. Lebensjahr ab heiraten kann, tritt sie ohne Rücksicht auf ihr Alter auch in die vollen Wirkungen der Ehe ein. Zu diesen Wirkungen gehört nun auch die Schlüsselgewalt⁸⁾.

⁴⁾ So auch Dernburg, a. a. O. § 33, Anm. 11, von Ziegenhied, S. 43.

⁵⁾ Gleicher Meinung Goldmann-Lilienthal, § 9, Anm. 26, Schmidt, Anm. 2, Opet, Bem. 4, Hoerle, S. 132, 141, Rohde, S. 66. Richtig ist der Hinweis Dernburgs, § 33, Anm. 5, die Frau könne aber immer noch als Bote handeln.

⁶⁾ So auch Rohde, S. 65.

⁷⁾ So: Ostern, S. 15, Richter, S. 24, Rothe, S. 49, von Ziegenhied, S. 45, Stern, S. 64, Rosenfeld, S. 23, Rohde, S. 65.

⁸⁾ So auch von Ziegenhied, S. 45.

Will die minderjährige Frau dagegen ein Geschäft durch Selbsteintritt erledigen, so bedarf sie selbstverständlich der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters. Denn hier gelten wieder die allgemeinen Regeln⁹⁾.

Für das Innenverhältnis hat man bei der beschränkt geschäftsfähigen Frau vereinzelt geglaubt, an dem Erfordernis der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters festhalten zu müssen, da der Geschäftsbesorgungsvertrag der Frau mit ihrem Manne dieser nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringe (insbesondere im Hinblick auf die eventuelle Schadensersatzpflicht der Frau aus § 1359), und deshalb § 107 BGB eingreife¹⁰⁾. Es müsse also jeder einzelne Geschäftsbesorgungsvertrag der Frau vom gesetzlichen Vertreter consentiert werden, es sei denn, man wolle aus § 1304 BGB im Zusammenhang mit dem analog anzuwendenden § 113 eine generelle Ermächtigung annehmen. Demgegenüber führt Rohde mit Recht folgendes aus:¹¹⁾ „.... Es liegen nicht viele einzelne, auf dem Willen der Frau beruhende Geschäftsbesorgungen vor, sondern nur eine Geschäftsbesorgung ist anzunehmen, die auf Gesetz beruht.... Den Auftrag, dieses Geschäft zu besorgen, könnte die minderjährige Frau nur mit Zustimmung ihres Vormundes annehmen. Das Gesetz aber ersetzt den Vertrag und damit fällt auch das Erfordernis der Zustimmung des Vormundes fort....“

Anders als bei der Frau steht die Geschäftsunfähigkeit des Mannes dem Bestehen der Schlüsselgewalt nicht entgegen¹²⁾. Hier ist zu bedenken, daß den Mann nur die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts treffen, das an sich immerhin die Frau vornimmt; er gibt also gar keine Willenserklärungen ab, die gemäß § 105 nichtig oder gemäß § 106 schwebend unwirksam sein könnten. Im Gegenteil, die gesetzliche Haftung trifft ihn sogar ohne und gegen seinen Willen. Zudem bleibt noch die folgende rechtspolitische Erwägung: Will man den Mann nicht haften lassen, so wäre die Frau, so weit sie nicht zufällig Vormund ihres Mannes wäre, überhaupt nicht in der Lage, für den Haushalt zu sorgen, denn man wird ihr nicht zumuten, sämtliche Haushaltsgeschäfte durch Selbsteintritt zu erledigen. Schon mit Rücksicht auf diese Schwierigkeit, besonders

⁹⁾ So Rohde, S. 66, Hoerle, S. 141. Ganz abw. Strube, S. 172, der wegen des familienrechtlichen Charakters von § 1357 eine Einmischung des gesetzlichen Vertreters überhaupt für unzulässig hält; es bleibe der minderjährigen Frau nur übrig, im Rahmen der Schlüsselgewalt zu handeln und Selbsteintritt zu vermeiden.

¹⁰⁾ So Wieruszowski, S. 44, Anm. 28.

¹¹⁾ a. a. O., S. 65.

¹²⁾ So auch Wieruszowski, S. 47, Anm. 39, Richter, S. 24, von Ziegenhied, S. 46. Wer in der Schlüsselgewalt eine „Vertretung“ sieht, dürfte dieser Ansicht nicht folgen.

aber auch aus den oben gebrachten Gründen ist also ein Bestehen der Schlüsselgewalt auch bei völliger Geschäftsunfähigkeit des Mannes anzunehmen, es sei denn, die Ehe wäre durch diesen Umstand selbst nichtig. Im letzteren Falle bleiben übrigens die vorhin erwähnten Regeln der §§ 1344, 1345 von Bedeutung.

Man wird aber entsprechend auch die Frage bejahen müssen, ob der gesetzliche Vertreter für den geschäftsunfähigen oder geschäftsbeschränkten Mann das aus § 1357 Abs. 2 fließende und noch näher zu erörternde Beschränkungsrecht des Mannes ausüben kann. Das ist allerdings lebhaft bestritten worden¹³⁾, jedoch wohl mit Unrecht. Wenn es auch hart für die Frau sein mag, daß ein anderer als ihr Mann sie in ihren natürlichen hausfraulichen Rechten verkürzen kann, so überwiegt hier doch bei weitem das vermögensrechtliche Interesse des Mannes¹⁴⁾. Daß § 1357, Abs. 2 eine rein vermögensrechtliche Bedeutung hat, war weiter oben schon betont worden und ist wohl auch unbestritten. Diese Bestimmung bildet ein unerläßliches Sicherheitsventil gegen allzu verschwenderische oder sonstwie verderbliche Geschäfte der Frau. Die Geschäftsunfähigkeit des Mannes darf kein Grund sein, ihn seines einzigen, und in seiner Anwendung doch auch vielfach berechtigten Schutzmittels zu berauben¹⁵⁾. Hier überwiegt eben sein vermögensrechtliches Interesse, zumal die Frau, wenn sie sich durch die Maßnahmen des gesetzlichen Vertreters beeinträchtigt fühlen sollte, immer noch mittels einer Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht eine Rechtfertigung erlangen kann¹⁶⁾.

Früher sind gelegentlich noch andere Erfordernisse der Schlüsselgewalt aufgestellt worden. So ist mehrfach ein selbständiger Haushalt der Eheleute als Voraussetzung der hausfraulichen Verpflichtungsgewalt genannt worden¹⁷⁾. Wie unrichtig diese Ansicht war, beweist die Entwicklung unserer Verhältnisse nach dem Kriege. Zwangsläufig wohnen heute zahlreiche Ehepaare bei ihren

¹³⁾ U. a. von Ostern, S. 66, Rosenfeld, S. 24, 88, Siegel, S. 41

¹⁴⁾ So insbesondere mit Nachdruck Rohde, S. 67, ferner Mot. IV, S. 119, Schmidt, Anm. 6a am Ende, Wieruszowski, S. 47 Anm. 40, Staudinger, 5b, Dernburg, § 33, 3, Richter, S. 56, Hoerle, S. 141, von Ziegenhied, S. 134.

¹⁵⁾ So Stern, S. 78, der darauf hinweist, daß im § 1358, Abs. 3, ein Handeln des gesetzlichen Vertreters ausdrücklich ausgeschlossen sei und aus der Tatsache, daß sich in § 1357 eine gleiche Vorschrift nicht findet, per argumentum e contrario schließt, daß ein Beschränkungsrecht des gesetzlichen Vertreters bei der Schlüsselgewalt Bedenken nicht unterliege. Zust. Opet.

¹⁶⁾ So auch mit Recht Strube, S. 173.

¹⁷⁾ So Schmitt, S. 11, Rothe, S. 6, Stern, S. 20. A. A. mit Recht Goldmann-Lilienthal, § 9, Anm. 24., Ostern, S. 16, 17, Siegel, S. 18, Rosenfeld, S. 20, Richter, S. 23.

Eltern oder in möblierten Wohnungen, ohne daß irgendein Zweifel darüber aufkommen kann, daß der Ehefrau in diesem Fall die Schlüsselgewalt zusteht. Die Forderung eines selbständigen Haushaltes dürfte also als unrichtig, mindestens aber als überholt und obsolet anzusehen sein.

Ebensowenig bedarf es überhaupt eines festen Wohnsitzes, um die Schlüsselgewalt zu begründen¹⁸⁾.

Auch ohne auf das von O s t e r n (S. 14) gebrachte Beispiel des Zirkusbesitzers zurückgreifen zu müssen, kennen wir zahlreiche Fälle, wo reisende Ehepaare (Künstler, ständig hin- und hergeschobene Beamte) trotz ihres Wanderlebens durchaus im allgemeinen Rahmen der häuslichen Verhältnisse leben, und damit der Frau auch die Schlüsselgewalt zusteht¹⁹⁾.

Schließlich wird niemand mehr der R o t h e'schen Ansicht folgen, die eine volle Fähigkeit der Frau, dem Haushalt vorzustehen, verlangt hat²⁰⁾. Warum sollte wohl die kranke oder sonstwie verhinderte Frau nicht fähig sein, Schlüsselgewaltsgeschäfte zu tätigen, zumal sie sich zur Ausführung derselben einer Hilfe bedienen kann!

Eine viel bedeutsamere und stark umstrittene Frage dagegen ist in diesem Zusammenhang die Frage nach der Notwendigkeit des gemeinschaftlichen Haushalts, bzw. des Zusammenlebens der Ehegatten, oder umgekehrt: Inwieweit hebt eine Trennung der Ehegatten die Schlüsselgewalt der Frau auf?

Hier findet sich zunächst eine Ansicht, die die Gemeinschaftlichkeit des Haushalts durch eine dauernde und völlige Trennung der Gatten noch nicht unbedingt für zerstört hält²¹⁾. Das ist unrichtig. Eine nur vorübergehende Trennung vermag allerdings die Gemeinschaftlichkeit des Haushaltes im rechtlichen Sinne nicht zu vernichten²²⁾. Aber für diese Fälle ist es ganz unbestritten, daß die Schlüsselgewalt der Hausfrau fortbesteht. Bei einer dauernden Trennung — und nur um diese geht der Streit — erscheint es dagegen unerfindlich, wie noch ein gemeinschaftlicher Haushalt der

¹⁸⁾ Einen solchen forderte Rothe, S. 7.

¹⁹⁾ Zust. Stern, S. 22, Rosenfeld, S. 20, 82, von Ziegenhied, S. 45, Richter, S. 23.

²⁰⁾ Rothe, a. a. O., S. 8, ähnlich auch Rosenfeld, S. 83, vgl. auch S. 21, und früher schon Schmitt, S. 12.

²¹⁾ So Wieruszowski, S. 41, von Ziegenhied, S. 47 ff.; letzterer will zwischen „Zusammenleben“ und „gemeinschaftlichem Haushalt“ trennen (siehe auch Rosenfeld, S. 21), zweifellos eine außerordentliche Überspitzung der Begriffe. Von Ziegenhied gelangt auf diese Weise dazu, bei der Entfernung noch von einem gemeinschaftlichen Haushalt zu sprechen! Vgl. KG, I. Rsp. 14/218.

²²⁾ Vgl. Rsp. 36/196. Zu den Fällen der vorübergehenden Trennung gehört auch eine Freiheitsstrafe des Mannes, selbst wenn diese langwierig ist, vgl. KGJ. 32 A/S. 39.

Ehegatten konstruiert werden soll²³⁾), nachdem die Ehegatten soeben ihren klaren Willen, den Haushalt nicht fortzusetzen, zu erkennen gegeben haben. Auf diese Weise kann das Problem der Schlüsselgewalt bei Trennung der Gatten sicher nicht gelöst werden.

Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller nimmt denn auch an, daß von einem gemeinschaftlichen Haushalt der Ehegatten bei dauernder Trennung nicht mehr die Rede sein kann. Hier stehen sich nun zwei Meinungen entgegen. Die eine will die Schlüsselgewalt bei Getrenntleben in jedem Falle erlöschen lassen²⁴⁾. Die andere hingegen nimmt ihr Fortbestehen unter Prüfung von Fall zu Fall an.

Grundsätzlich ist der ersten Ansicht gegenüber zu behaupten, daß Gemeinschaftlichkeit des Haushalts nicht unbedingtes Erfordernis der Schlüsselgewalt ist. Denn die Schlüsselgewalt entsteht nicht durch die häusliche Gemeinschaft, sondern mit Abschluß der Ehe²⁵⁾. Daß andererseits auch das BGB eine Ehe ohne Zusammenleben der Ehegatten kennt, beweist § 1361²⁶⁾. In den seltensten Fällen werden Dritte wissen, ob die Ehegatten zusammenleben oder nicht²⁷⁾. Sollte etwa jeder Kaufmann verpflichtet sein, die einkaufende Hausfrau zu fragen, ob sie von ihrem Gatten getrennt lebe? Dieses einfache Beispiel dürfte wohl beweisen, daß schon mit Rücksicht auf den Schutz gutgläubiger Dritter eine Trennung die Schlüsselgewalt der Frau nicht einfach erlöschen lassen kann²⁸⁾. Es müssen vielmehr schon ganz besondere Gründe

²³⁾ Die von von Ziegenhied gebrachten Fälle des „Seeoffiziers oder des überseeischen Reisenden“ sind doch keine Beispiele dauernder Trennung!

²⁴⁾ Staudinger, 2b, Siméon-David, S. 116, 2, Richter, S. 22, vgl. a. OLG Hamburg v. 1. Apr. 04 = DJZ 05/S. 456.

²⁵⁾ So Goldmann, DJZ 07/S. 420, der mit Recht noch weiterhin anführt, daß der „häusliche Wirkungskreis“ des § 1357 nicht identisch sei mit dem (engeren) Begriff des „gemeinschaftlichen Hauswesens“ des § 1356. Diese Unterscheidung ist natürlicher als die oben in Anm. 21 abgelehnte von Ziegenhied's, der zwischen „Zusammenleben“ und „gemeinschaftlichem Haushalt“ trennt. Wie hier Dreyer, S. 307, Menzel, S. 614 ff., vgl. a. DJZ 05/S. 1072, Rsp. 21/S. 214.

²⁶⁾ So Goldmann, a. a. O., S. 421. In diesem Falle entfällt allerdings die Schlüsselgewalt mit Hinsicht auf die Rente. Für uns genügt aber der Nachweis, daß das Gesetz die Begriffe „Ehe“ und „Zusammenleben“ nicht identifiziert.

²⁷⁾ Wetzel, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 26 (1905), S. 132, glaubt behaupten zu können, daß die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft hinsichtlich der Erkennbarkeit dem Eintrag ins Register mindestens gleichstehe! Hiergegen von Ziegenhied, S. 49.

²⁸⁾ Wetzel, S. 131 ist die Sicherheit des Verkehrs nicht so wichtig wie die Prüfungspflicht des Dritten! Sehr bedenklich und allenfalls durch die besonderen Umstände erklärlich OLG Hamburg v. 26. Febr. 1920 = Rsp. 41/S. 46, 47.

hinzutreten, um hier eine Beendigung herbeizuführen. Im einzelnen finden wir folgendes:

Der Fortgang des Mannes allein wird die Schlüsselgewalt nie aufheben²⁹⁾. Auch wenn der Mann nunmehr einen selbständigen Haushalt führt, ist damit noch nicht gesagt, daß er die Befugnisse seiner Frau aus § 1357 ausschließen wollte³⁰⁾. Im Einzelfall kann im Innenverhältnis durch eine eindeutige konkludente Handlung der Frau die weitere Ausübung der Schlüsselgewalt untersagt sein. Für das Außenverhältnis gilt jedoch nach wie vor der Satz, daß der Ausschluß nur bei Eintragung ins Register gegen gutgläubige Dritte wirkt (§ 1357, Abs. 2, Satz 3), falls nicht der Mann dem Dritten sonstwie einwandfrei die Ausschließung kundgetan hat.

Hingegen wird ein Fortgang der Frau in den meisten Fällen ihre Schlüsselgewalt wegfallen lassen. Hierbei bleibt es gleichgültig, ob die Frau den Mann mit Recht verläßt oder nicht; ihr ist jedenfalls mit dem Verlassen des Haushalts das eigentliche Betätigungsfeld der Schlüsselgewalt entzogen³¹⁾. Insoweit ihre Aufwendungen dem Manne zur Last fallen, kann sie höchstens Befreiung von diesem für die von ihr kontrahierten Schulden verlangen; sie tritt zunächst selbst in diese ein.

Soweit aber in solchen Fällen der dauernden Trennung die Schlüsselgewalt wirklich aufgehört hat, ist sie nicht etwa erloschen, sondern sie „ruht“. Sobald die getrennten Ehegatten sich wieder vereinigen und einen gemeinsamen Haushalt führen, lebt sie daher wieder auf³²⁾. Das ergibt sich ohne weiteres daraus, daß die dauernde Trennung bestenfalls eine tatsächliche Beendigung der Schlüsselgewalt herbeiführt, nicht aber eine rechtliche. Aus diesem Grunde kann der Mann die Beendigung, trotzdem die Schlüsselgewalt sowieso ruht, auch noch eintragen lassen und sie somit zu einer rechtlichen machen³³⁾. Ist die Ausschließung der Schlüsselgewalt allerdings eingetragen, so muß bei etwaiger Wiedervereinigung der Gatten in einem Haushalt die Eintragung gelöscht werden, um die Schlüsselgewalt neu entstehen zu lassen.

²⁹⁾ So Wolff, § 43, V, 2, Rothe, S. 7, Ostern, S. 20; A. A. Stern, S. 66.

³⁰⁾ Menzel, S. 612.

³¹⁾ So auch Dernburg, § 33, II, 1, Goldmann-Lilienthal, § 9, Anm. 24, von Ziegenhied, S. 53, vgl. a. KG Ur. v. 2. Nov. 1910 = OLG 23/S. 405.

³²⁾ Staudinger, 2b am Ende, KG v. 6. Juni 1913 = RJA 13/S. 123 = OLG 30/S. 40.

³³⁾ Vgl. KG v. 6. Juni 1913 = RJA 13/S. 122, OLG Hamburg, Beschl. v. 31. Jan. 1906 = Rsp. 12/S. 300; ein „Mißbrauch“ ist in einer solchen Eintragung auch dann nicht zu erblicken, wenn außer der Trennung ein Grund nicht vorhanden war, vgl. OLG Hamburg v. 10. Nov. 1910 = Rsp. 21/S. 213.

Normalerweise endet die Schlüsselgewalt mit dem Tode eines Ehegatten³⁴⁾, mit der Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und mit der eintretenden Geschäftsunfähigkeit der Frau. Darüber hinaus existieren als Ausnahmefälle: Das eben erwähnte „Ruhen“ (tatsächliche Beendigung), sowie die schon vielfach erwähnte Ausschließung durch den Mann und ihre mildere Anwendungsform, die Beschränkung.

Die Ausschließung erfolgt durch beliebige formlose Mitteilung des Mannes an die Frau³⁵⁾. Der Frau stehen hiergegen noch weiter unten zu erörternde Behelfe zu. Wird sie dagegen trotz des (wenn auch zu Unrecht bestehenden) Ausschlusses weiter im Rahmen der Schlüsselgewalt tätig, so kann sie dem Mann auf Schadensersatz haften.

Dritten gegenüber wirkt die Ausschließung nur insoweit, als sie ihnen bekannt geworden ist (§ 1357, Abs. 2, Satz 3, § 1435). Die beliebte Sitte, die Entziehung der Schlüsselgewalt durch Zeitungsannoncen bekanntzugeben, ist ein sehr fragwürdiges Mittel, denn hier muß der Mann im Prozeß beweisen, daß der Dritte die Annonce gelesen hat³⁶⁾. Der Mann braucht sich aber nur der gesetzlich vor-

³⁴⁾ Stirbt der Mann, so sind die von der Ehefrau abgeschlossenen Geschäfte auch dann ihre eigenen, wenn sie nichts vom Tode des Mannes wußte (A. A. Dernburg, § 33, Anm. 7, M. Wolff, § 43, V, 1, Goldmann-Lilienthal, § 9, Anm. 25). Denn mit dem Tode des Mannes ist die Ehe als Grundlage der Schlüsselgewalt aufgelöst; der Frau steht die Verpflichtungsbefugnis gemäß § 1357 ohne Rücksicht auf ihren Willen oder ihr Wissen ebenso wenig mehr zu, wie sie ihr mit Beginn der Ehe ohne Rücksicht auf ihren Willen oder ihr Wissen ohne weiteres zustand. Es bleibt ferner zu bedenken, daß das Vermögen mit dem Tode auf die Erben übergeht, § 1922 BGB, sodaß nach der hier bekämpften Meinung die Frau für die Erben eine Schlüsselgewalt ausüben würde! Wie verkehrt es ist, die Auftrags- und Vertretungsgrundsätze auf das familienrechtliche Institut des § 1357 anzuwenden, zeigt sich hier mit besonderer Klarheit. Denn die von der h. L. im vorliegenden Falle herangezogenen §§ 169, 674 BGB sind doch nur deshalb geschaffen, um den gutgläubigen Mandatar und Dritten zu schützen. Die Notwendigkeit, Dritte zu schützen, entfällt in unserem Fall aber, denn auf dem Umweg über die Frau kann sich der Dritte wohl stets an die Erbschaft halten.

³⁵⁾ Opet, Bem. 5, Richter, S. 53, Strübe, S. 168, Hörle, S. 142, Goldmann-Lilienthal, § 9, Anm. 32, KG 32 A/35, A. A. Josef, „Recht“ 1908, S. 441, der die Ausschließung durch den Eintrag erfolgen lassen will, Staudinger, der die Stellung des Antrages zum Kriterium macht. Da die Eintragung keine konstitutive Wirkung hat, kann sie unmöglich die Ausschließung bewirken (vgl. KG v. 6. VI. 1913 RJA 13 S. 121). Zu der Frage s. ferner M. Wolff, § 43, I und insbesondere Kipp, S. 101 ff.

³⁶⁾ Vgl. Wolff, a. a. O. Strübe, S. 175, JW 1905/135 no 9. Die einmalige unberechtigte Veröffentlichung durch die Zeitung ist übrigens ein Scheidungsgrund, während bei Eintrag ins Register erst eine mehrfache Wiederholung als Verletzung der ehelichen Pflichten anzusehen ist, vgl. R.G. 9. I. 19. Warn. 1919, no. 41, sowie Anm. 43 ff. des Kapitels.

gesehenen Eintragung ins Register zu bedienen, um die Sachlage umzukehren. Jetzt nutzt es dem Dritten nicht einmal, wenn er von der Ausschließung nichts gewußt hat, denn hier gilt kraft Gesetzes die Regel, daß ohne Rücksicht auf den guten Glauben Dritter bei eingetragener Ausschließung der Mann aus den Geschäften seiner Frau nicht mehr verpflichtet wird. In diesem Falle ist der (sekundäre) Schutz des Mannes also stärker, als der des gutgläubigen Dritten.

Der Ausschluß der Schlüsselgewalt ist für die Frau in doppelter Beziehung peinlich. Erstens haftet sie nunmehr allein aus den von ihr kontrahierten Geschäften, zweitens wird aber auch ihr Ruf und ihr Kredit durch das Vorgehen des Mannes mehr oder weniger zerstört. Ist nun die Ausschließung, die der Mann ja beliebig vornehmen kann, ungerechtfertigterweise erfolgt, so ist der Zustand für die Frau nahezu unerträglich. Für diesen Fall hat das Gesetz gesorgt und der Frau bei dem Vorliegen von „Mißbrauch“ das Recht gegeben, beim Vormundschaftsgericht die Aufhebung der ominösen Ausschließung zu beantragen und durchzusetzen.

Der „Mißbrauch“ ist ein etwas vager Begriff³⁷⁾. Immerhin hat eine genügende Interpretation des Wortes durch Wissenschaft und Praxis stattgefunden. Sie geht dahin, daß Mißbrauch bereits dann vorliege, wenn der Mann ohne besondere Gründe die Schlüsselgewalt der Frau ausschließe³⁸⁾. Diese Definition trifft das Richtige und ist jedenfalls der weit unklarereren des Kammergerichts vorzuziehen, die von „schuldhaft falschem, rechtswidrigem, im Widerspruch mit der Betätigung der rechten ehelichen Gesinnung erfolgreichem Gebrauch“ spricht³⁹⁾.

Jede grundlose Beschränkung oder Ausschließung also ist „Mißbrauch“ und berechtigt die Frau, die Aufhebung zu verlangen. Hier taucht nun die Frage auf, ob das Vormundschaftsgericht eine seitens des Mannes erfolgte Ausschließung, für welche die vorhandenen Gründe nicht ausreichen, in eine Beschränkung, für welche die Gründe ausreichen würden, umwandeln kann. Opet zieht den Schluß ex maiore ad minus, daß, wenn das Vormundschaftsgericht die Ausschließung des Mannes völlig beseitigen könne, es sie erst recht modifizieren könne⁴⁰⁾.

³⁷⁾ Zu weitgehend jedoch Eichhorn, „Recht“, 1905, S. 332, der von einem „Kautschukbegriff“ spricht, der „jeder praktischen Bedeutung entbehre.“ Vgl. denselben auch DJZ 1905 S. 1111 ff.

³⁸⁾ So Ostern, S. 68, Stern, S. 72, vgl. übrigens Anm. 33 dieses Kapitels.

³⁹⁾ K. G. J. 53 A/S. 22. Auch das „sittliche Wesen der Ehe“ (so Planck, Vortr. S. 8), die „ehelichen Pflichten der Ehe“ (so Strübe, S. 171, der von § 1353 I ausgeht) scheinen noch zu unbestimmt als Abgrenzung.

⁴⁰⁾ Opet, S. 102, Bem. 6, Zust. Planck, Bemerk. 11, Hörle, a. a. O. S. 144.

Die herrschende Meinung ist jedoch anderer Ansicht⁴¹⁾. Sie hält jede Modifikationsbefugnis für einen unzulässigen Eingriff in die eheherrliche Gewalt des Mannes. In der Tat würde man dem Vormundschaftsgericht mit dem Zugeständnis des Umänderungsrechts eine viel zu weitgehende Einflußnahme auf die ehelichen Verhältnisse zugestehen. Nur der Mann kann ausschließen, nur der Mann kann beschränken. Wenn das Vormundschaftsgericht eine Ausschließung aufhebt und statt dessen eine Beschränkung ausspricht, so nimmt es in praxi selbst eine Beschränkung vor, und dieses Recht steht eben nur dem Mann zu⁴²⁾.

Die Streitfrage ist dahin zu lösen, daß das Vormundschaftsgericht in kritischen Fällen abzuwägen hat, ob es trotz nicht ganz ausreichender Gründe die Ausschließung durch den Mann zu Recht bestehen läßt oder ob es eine Aufhebung, aber dann auch eine gänzliche vornimmt. Entscheidend ist für den Einzelfall, ob die Interessen des Mannes oder die der Frau überwiegen.

Mangels einer gesetzlichen Vorschrift kann der Mann nach Aufhebung seines Eintrags durch das Gericht diesen sofort wieder erneuern. Auch wenn die Frau hiergegen erneut angeht, und Wiederaufhebung der Eintragung durchsetzt, ist der Mann nicht gehindert, ein weiteres Mal und ad libitum die Ausschließung der Schlüsselgewalt eintragen zu lassen. Die der Frau gegen ein derartiges Betragen des Mannes zustehende Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, wie sie schon in den Vorberatungen des BGB empfohlen wurde⁴³⁾ und auch noch empfohlen wird⁴⁴⁾, hat praktisch auf das Ausschließungsrecht des Mannes keinerlei Einfluß⁴⁵⁾. Der Frau, die

⁴¹⁾ Staudinger, 5bß, Goldmann-Lilienthal, § 9, Anm. 30, Wieruszowski, S. 54.

⁴²⁾ Stern, S. 75.

⁴³⁾ Vergl. Mot. IV, S. 118.

Anm. 40 sieht die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens durch § 1357 Abs. 2, Satz 2 und FGG § 53, Abs. 1, Satz 1 als ausgeschlossen an. Unrichtigerweise spricht Endemann hier von „Rechtswang“: ein solcher ist ja bei der Klage auf Herstellung gemäß § 888 Abs. 2 ZPO gegeben. Wieruszowski, S. 47/53, Strübe, S. 175, Endemann, § 170, gerade ausgeschlossen. Von Ziegenhied, S. 131, hält die „Klage von vornherein“ neben dem vormundschaftsgerichtlichen Verfahren für unzulässig. Das ist richtig, denn gegen grundlose Entziehung ist der Frau nur das Recht des Antrags auf Aufhebung gegeben (so M. Wolff, § 43, Anm. 19). Handelt es sich aber, wie hier, nicht mehr um die Grundlosigkeit der Entziehung, sondern um die Permanenz der Entziehung, so nutzt der Frau das Antragsrecht nichts und hier muß die Klage auf Herstellung ergänzend eingreifen, um mindestens als Scheidungsgrund dienen zu können.

⁴⁴⁾ Der Registerrichter wird durch sie nicht gebunden. So richtig Goldmann-Lilienthal, § 9, Anm. 30, Stern, S. 77, Richter, S. 55, Hörle S. 145. Richter will daher die Klage auch auf § 1356 stützen, worin ihm wohl beizutreten ist. So auch von Ziegenhied, S. 131.

sich dem gewaltsamen Gehaben ihres Mannes nicht unterwerfen will, steht also tatsächlich kein anderes Mittel zu Gebote, als sich nach Maßgabe des § 1568 scheiden zu lassen⁴⁶⁾). Daß diese Lösung unbefriedigend ist, wird allseitig anerkannt, und es bleibt zu bedauern, daß das Gesetz nicht seinerzeit einen Riegel gegen wahllose, immerfort wiederholte Ausschließungen durch den Mann vorgeschoben hat⁴⁷⁾).

Es bleibt noch zu erörtern, ob nach Wiederaufhebung eines eingetragenen Ausschlusses der Schlüsselgewalt die von der Frau inzwischen getätigten Geschäfte den Mann treffen, d. h., ob die Aufhebung ex tunc wirkt. Die Frage ist zu bejahen. Von der herrschenden Meinung wird hiergegen freilich angeführt, daß die Ausschließung, auch wenn sie mißbräuchlich sei und wieder aufgehoben werde, immerhin ein Recht des Mannes dargestellt habe⁴⁸⁾). Das ist jedoch nicht richtig. Der Mann hat das Recht der Ausschließung nur, wenn Gründe für eine solche vorliegen. Andernfalls muß er sich eine Korrektur durch das Vormundschaftsgericht gefallen lassen, d. h. das Vormundschaftsgericht erklärt, daß für ihn tatsächlich ein Recht der Ausschließung nicht bestanden habe. Man darf das grundsätzliche Recht des Mannes nicht mit dem konkreten Recht im Einzelfalle verwechseln; bei Vorliegen von Mißbrauch gibt es eben kein Recht des Mannes.

Wollte man der herrschenden Meinung folgen und die Aufhebung nur ex nunc wirken lassen, so könnte der Mann einen Dritten, der nach der Streichung des Eintrags aus einem seinerzeit mit der Frau abgeschlossenen Rechtsgeschäfte klagt, darauf verweisen, daß bei Abschluß des Vertrages einmal eine Ausschließung eingetragen gewesen sei. Diese Eintragung ist aber inzwischen längst beseitigt. Es ist, als hätte sie nie bestanden. Hier den Mann nicht haften zu lassen, wäre widersinnig. Die Aufhebung der Eintragung muß rückwirkende Kraft besitzen⁴⁹⁾).

Bestritten ist schließlich auch die Frage, ob bzw. inwieweit die Ehegatten die Schlüsselgewalt durch Vertrag ausschließen können. Es wird darauf verwiesen, daß innerhalb der zwingenden Normen des Familienrechts Vereinbarungen unzulässig und daher unwirksam

⁴⁶⁾ Wieruszowski, S. 56, vgl. auch d. Urt. d. RG vom 9. Jan. 1919, Warneyer 1919, Nr. 41.

⁴⁷⁾ Kohler, S. 77/78, schlägt § 226 vor. Es ist nicht einzusehen, inwiefern hierdurch der Registerrichter gebunden werden könnte. Vgl. a. zu der Frage Dernburg, § 33, Anm. 21.

⁴⁸⁾ So Opet, Bemerkung 6, Planck, Bemerkung 11, Absatz 2, Staudinger, 5bß a. E. Stern, S. 79, vgl. a. OLG 30/S. 39.

⁴⁹⁾ Wie hier Ostern S. 70. Schmidt, 6c, Hörle, S. 144. Zu weitgehend Wieruszowski, S. 55, der behauptet, das den Eingriff darstellende Rechtsgeschäft des Widerrufs sei wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig.

seien⁵⁰⁾). Wollte man dieser Ansicht beitreten, so wäre es auch völlig gleichgültig, ob die unwirksame Vereinbarung in das Register eingetragen wäre⁵¹⁾). Denn das Register besitzt keinen öffentlichen Glauben wie das Grundbuch, und gutgläubige Dritte, die sich auf die unrichtige Eintragung verlassen, werden nicht geschützt.

Die Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen, soweit sie einen Ausschluß betreffen, muß aber bejaht werden. Wenn der Mann eine Ausschließung der Schlüsselgewalt ohne, ja gegen den Willen der Frau vornehmen kann, so muß dies erst recht mit ihrer Zustimmung möglich sein. In Wirklichkeit liegt ja auch nichts anderes vor, wenn der Mann unter Einwilligung seiner Frau den Ausschluß vornimmt bzw. eintragen läßt⁵²⁾), als wenn er es allein tut. In praxi wird denn auch ein auf dem Vertragswege zustande gekommener Ausschluß sich äußerlich nicht anders präsentieren als der von Gesetzes wegen dem Manne zustehende.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang nur die Frage, ob der Ehemann durch Vertrag auf sein Ausschließungsrecht verzichten kann. Hier ist allerdings zuzugeben, daß bei Kollisionen des Vertrages mit dem *ius cogens* des § 1357 das Gesetzesrecht vorgeht. Durch den Vertrag darf keine unzulässige Beeinträchtigung eines Ehegatten vereinbart werden, insbesondere also ist der Verzicht des Mannes auf sein Ausschließungsrecht unwirksam⁵³⁾). Solange dagegen die Vertragsbestimmungen nur das besagen, was auch ohne sie zulässig wäre, kann über ihre Gültigkeit ein Zweifel nicht herrschen.

Das mandat der femme mariée ist in gleichem Maße vom Eheabschluß abhängig, wie die Schlüsselgewalt der deutschen Hausfrau. Diese übereinstimmende Voraussetzung in beiden Rechten ergibt sich aus der schon betonten gemeinsamen Grundlage der (im Einzelaufbau erheblich differierenden) Institute: aus der Unterhaltspflicht des Mannes. In Frankreich tritt hierzu noch die eigentümliche Verknüpfung des Mandatsgedankens mit güterrechtlichen Erwägungen⁵⁴⁾), sowie die Tatsache, daß nur die verheiratete Frau

⁵⁰⁾ Stern, S. 65, von Ziegenhied, S. 123, Richter, S. 49, Scriba, S. 78/79. Bejaht wird die Zulässigkeit dagegen von Dernburg, § 33, Anm. 12. Endemann, § 182, 1b, Schmitt, a. a. O. S. 12, Rothe, S. 11, Rosenfeld, S. 61, Menzel, S. 613, Siegel, S. 44, (mit Modifikationen) Schmidt, Anm. 6b, Breslauer, S. 47 ff.

⁵¹⁾ Vgl. Wieruszowski, S. 52.

⁵²⁾ Eine Eintragung ist allerdings erforderlich, um gutgläubige Dritte zu schützen. Damit werden auch die von Scriba, S. 79, geäußerten Bedenken hinfällig.

⁵³⁾ So M. Wolff, § 43, Anm. 16, Opet, Bemerk. 7; vgl. a. Breslauer, S. 51, OLG Hamb. Urt. v. 10. II. 1913 = Rsp. 26/216.

⁵⁴⁾ Vgl. Kap. III, 2, S.

incapable ist, also auch nur sie dringend eines Mandats bedarf, um überhaupt kontrahieren zu können. Das Inkrafttreten der güterrechtlichen Bestimmungen, das Beginnen der Unterhaltspflicht des Mannes, die incapacité der Frau hängen nun eben vom Eheabschluß ab, damit aber auch das mandat général de la femme. Letzteres steht also nur der Frau zu. Auf eheähnliche Verhältnisse findet es keine Anwendung. Für diese wird in der Regel höchstens ein stillschweigendes — aber nicht präsumiertes! — Mandat bestehen; die Beweislast dafür liegt dem Dritten ob.

Das gilt vornehmlich auch für die freie Ehe. Hier findet sich allerdings eine recht zersplitterte und uneinheitliche Rechtsprechung. Jedoch schälen sich aus der Fülle der Einzelentscheidungen zwei Hauptgrundsätze heraus: 1. der Konkubinantin steht ein mandat de la femme nicht zu, 2. der „Ehemann“ soll jedoch möglichst zur Bezahlung der Haushaltsschulden herangezogen werden.

Die Begründung des ersten Satzes ergibt sich aus dem oben Ausgeführten; er ist auch unbestritten⁵⁵⁾. Satz 2 dagegen ist die Frucht einer langen Entwicklung und noch keineswegs als unbedingt anerkannt anzusehen; er ist aber wohl zu billigen und wird zweifelsohne noch allgemeine Gültigkeit erlangen.

Ursprünglich hielt man den „Ehemann“ nicht für verpflichtet, die Schulden seiner „Gattin“ zu bezahlen⁵⁶⁾. Wenn es also dem Dritten nicht gelang, ein mandat des Mannes an seine Konkubinantin zu beweisen, konnte er sich nur an die Frau halten; an diese freilich immer, denn sie war ja mangels Eheschließung auch nicht incapable, also geschäfts- und prozeßfähig.

An diesem Ergebnis hat man lange und hartnäckig festgehalten, in vielen Fällen vielleicht auch mit Recht. In den letzten Jahren hat aber ein Umschwung der Meinung stattgefunden. Man ist heute mehr und mehr geneigt, darin, daß der Mann das Auftreten seiner Konkubinantin als Ehefrau duldete oder sie gar selbst als solche ausgab, eine unerlaubte Handlung zu sehen und aus art. 1383 (1382) C. c. dem Dritten einen Schadensersatzanspruch gegen den Scheingatten zu geben⁵⁷⁾. Das Resultat ist etwas überraschend, kann aber befriedigen, zumal die sorgsame Überprüfung

⁵⁵⁾ Vgl. hierzu Nast, Revue critique, 1925, S. 258 ff.

⁵⁶⁾ Vgl. Trib. civ. Seine 11 déc. 1901 D. P. 1902 II. 133. Trib. civ. Seine 6 janv. 1902 D. P. 1904 II. 238.

⁵⁷⁾ Vgl. Trib. Nice 27 oct. 1909 D. P. 1912 2. 216 (Bekannte und viel zitierte Entscheidung). Paris (appel) 21 nov. 1923, Gaz. Palais 22 janv. 1924. I. 187. Daneben geht der Anspruch des Dritten natürlich auch gegen die Frau, vgl. d. letztzitierte Urteil. Das Verhalten der Frau würden wir im deutschen Recht als culpa in contrahendo bezeichnen.

der Frage von Fall zu Fall durch die Judikatur eine gefährliche mechanisierende Anwendung des art. 1383 ausschließt⁵⁸⁾.

Neben dem Bestehen einer Ehe⁵⁹⁾ ist weitere unerläßliche Voraussetzung für ein mandat domestique die Geschäftsfähigkeit des Mannes. Das war w. o. in anderem Zusammenhang schon erwähnt worden, muß aber an dieser Stelle nochmals ausdrücklich betont werden, schon um eine beträchtliche Abweichung vom deutschen Recht festzustellen. Wie wir sahen, braucht der deutsche Ehemann nicht geschäftsfähig zu sein, damit seine Frau die Schlüsselgewalt ausüben kann, denn er kontrahiert nicht. In Frankreich dagegen ist der Mann Mandant, Kontrahent; seine Geschäftsfähigkeit daher unbedingt erforderlich. Während die Schlüsselgewalt als familienrechtliche Sonderregelung unabhängig vom Obligationenrecht funktioniert, ist das mandat als typische schuldrechtliche Erscheinung den gewöhnlichen Regeln unterworfen. Daher die Differenz.

Ob die Gemeinschaftlichkeit des Haushalts Erfordernis für die Vermutung eines ehelichen Mandats sei, ist in Frankreich wohl ebenso bestritten, wie es dieselbe Frage in Deutschland ist. Im einzelnen findet sich folgendes:

Es ist allgemeine Ansicht, daß eine nicht endgültige oder unfreiwillige Trennung der Ehegatten, auch wenn sie von längerer Dauer ist, das mandat nicht vernichtet⁶⁰⁾. Eine solche Annahme wäre auch widersinnig, denn sie nähme der Frau die geschäftliche Beweglichkeit in dem Augenblick, wo sie sie am nötigsten braucht, da sie nunmehr ganz auf sich angewiesen ist.

Wesentlich schwieriger aber gestaltet sich die Regelung der dauernden Trennung.

Die Judikatur ist geneigt, auch hier ein Fortbestehen des mandat anzunehmen, zu mindestens dann, wenn der Mann die Frau verlassen hat, also die Frau den Haushalt weiterführt⁶¹⁾. Eine klare,

⁵⁸⁾ Kipp, S. 41, schlägt die Verwendung des Rechtsspruchwortes „error communis facit ius“ vor und will damit das Problem des Rechtscheins zur Unterlage der Einklagbarkeit der Konkubinatsschulden machen. Zweifellos wäre damit eine festere Basis geschaffen, als sie art. 1383 bietet; für Kipps Behauptung, daß die Praxis den Satz auch anwende, dies nur nach außen nicht zugehen wolle, hat sich eine Bestätigung jedoch nicht finden lassen. Vgl. zur Frage des Konkubinats auch: Hémard, no 111, Viriot, S. 292 (Thèse Paris 1908), Boyer (Thèse), 1908, S. 90 ff.

⁵⁹⁾ Gültigkeit der Ehe ist erforderlich, doch wird der Dritte auch bei vernichtbarer Ehe geschützt.

⁶⁰⁾ Planiol-Rippert t. III, no 1099, Baudry-Lacantinerie, le Courtois et Surville, t. I, no. 500, Cass. civ. c. 17 déc. 1901 D. P. 1903 I. 153.

⁶¹⁾ Cass. 13 févr. 1844. Sir. 1844 1. 662. Paris 4 janv. 1904, D. P. 1905 2. 249. Ueber einzelne Rechte der Frau vgl. Paris 9 juin 1857. Sir. 1857 2. 755 (Miete), Dijon, 13 nov. 1895, D. P. 1896 2. 133 (Vermietung) Paris 5 janv. 1904, D. P. 1905 2. 249 (Spekulationen!).

einheitliche Praxis liegt jedoch nicht vor, insbesondere werden die Ausdrücke „mandat“ und „autorisation“ des öfteren einander gleichgesetzt (verwechselt?)⁶²⁾; ein Fehler, der allerdings nicht unterlaufen sollte! Auf jeden Fall ist auch unter der Bezeichnung „autorisation“ in diesem Zusammenhang nichts anderes verstanden, als das mandat der Frau.

Eine Ausnahme erleidet diese Gerichtsübung jedoch für den Fall, daß die Frau den Mann verlassen hat oder daß sie sonst in irgendeiner Weise besonders wohnt, also nicht mehr den Haushalt führt⁶³⁾. Den Grund für diese abweichende Entscheidung bildet die gleiche Erwägung, wie wir sie für denselben Fall im deutschen Recht fanden: Die Frau hat für den Haushalt nicht mehr zu sorgen, ihr steht also nicht mehr zu, in mehr oder minder weitgehendem Maße eine Verpflichtung des Mannes herbeizuführen. Folglich ist ihr das mandat zu versagen.

Daneben finden sich auch Entscheidungen, die ein mandat der Frau für ausgeschlossen halten, wenn die Trennung der Ehegatten „gerichtsnotorisch“ war⁶⁴⁾. Das enthält einen gewissen Widerspruch zu dem eben Ausgeführten. Denn entweder hebt die Trennung der Gatten das mandat auf — und dann wäre die Frage nur noch unter dem Gesichtspunkt des Gutglaubensschutzes zu ventilieren —, oder das mandat bleibt auch bei Trennung bestehen, und dann besteht es natürlich auch dann, wenn die Tatsache der Trennung notorisch ist. Eine präzise Scheidung der hier reichlich wirren französischen Praxis ist jedoch unmöglich. Prinzipiell hält sie jedenfalls wohl zu dem Grundsatz, daß nur besondere Umstände eine Zerstörung des mandat herbeiführen können, und selbst bei diesen besonderen Umständen wird der Schutz des Dritten noch erwogen.

Die Anschauung der Judikatur hat Widerspruch erfahren. Planiol, der sie bekämpft, hält ein mandat nur bei gemeinsamen Haushalt für möglich⁶⁵⁾. Er schlägt statt dessen vor, eine autorisation tacite der Frau aus art. 223 c. c. anzunehmen. Dieser Artikel gestattet ausnahmsweise eine *g e n e r e l l e* Autorisation der Frau für die Verwaltung ihrer Güter. Planiol behauptet, er widerspreche auch nicht einer *s t i l l s c h w e i g e n d e n* Autorisation. Dazu führt er einen Analogieschluß aus der Behandlung der *femme marchande* für die Festigung seiner Ansicht an.

⁶²⁾ Vgl. Rouen 4 févr. 1878, D. P. 1878 2. 258, Cass. requ. 6 août 1878, D. P. 1879. 1. 490 (Pourvoi) und das vorerwähnte Urteil der cour d'appel Dijon.

⁶³⁾ Vgl. Paris 5 avr. 1875 Sir. 1875 2. 299, Bordeaux 22 mai 1878 Sir. 1878 2. 303. Paris 7 mars 1890, D. P. 1891 2. 257. Trib. Lyon 7 déc. 1901 monit. de Lyon 19 déc. 1901 (zitiert bei Planiol III, no 1100).

⁶⁴⁾ Z. B. Paris 25 mai 1898, D. P. 1899, 2. 309.

⁶⁵⁾ Planiol-Ripert, t. III, no 1462 bis

Planiol ist jedoch hier nicht zu folgen. Die von der Judikatur entwickelten Grundsätze erscheinen richtiger. Die Trennung der Ehegatten braucht in keiner Weise gegen die Annahme eines fortbestehenden Mandats zu sprechen. Im Gegenteil, solange die Trennung der Ehegatten nur in einer *séparation de fait* besteht, ist das Fortdauern des Mandats sogar das wahrscheinlichste, denn diese Trennung besagt nur, daß die Ehegatten nicht zusammen leben wollen, nicht aber, daß der Mann sich seiner Unterhaltungspflicht – der eigentlichen Grundlage des Mandats – entziehen wollte. Bei der Stärke, die das Mandat heute in Frankreich erreicht hat, muß, ebenso wie beim Widerruf, so auch bei der Trennung eine eindeutige Sachlage bzw. Erklärung des Mannes verlangt werden, um von einem Erlöschen der vermuteten Vollmacht sprechen zu können⁶⁶⁾.

Scheidung und Tod des Gatten beenden das Mandat, wie die gleichen juristischen Ereignisse die Schlüsselgewalt der deutschen Hausfrau (vgl. art. 2003 c. c.). Doch ist man in Frankreich geneigt, beim Tode des Mannes das Mandat solange zu Gunsten des gutgläubigen Dritten zu unterstellen, als die Frau (als Mandatarin) oder der Dritte von dem Todesfall nicht unterrichtet sind (art. 2005, 2008, 2009 c. c.)⁶⁷⁾. Man gelangt hier also zu einem anderen Ergebnis, als wir es für das deutsche Recht feststellen zu können glaubten. Wieder zeigt sich, wie schon eben bei der Frage nach der Geschäftsfähigkeit des Mannes, die Divergenz in dem Grundaufbau beider Rechte. Das Mandat beurteilt sich eben nach den allgemeinen Regeln des c. c., dessen Vorschriften über den Auftrag mithin Anwendung finden. Für die Schlüsselgewalt gemäß § 1357 BGB mußten wir dagegen jeden Versuch, auf dem Wege über §§ 169, 674 BGB ein Weiterbestehen über den Tod hinaus zu konstruieren, ausdrücklich ablehnen. So sehr auch beide Institute in dem Endziel, die hausfräulichen Geschäfte in billiger Weise zu regeln, übereinstimmen, so ergeben sich immer wieder Unterschiede durch die Tatsache, daß die deutsche Schlüsselgewalt im Eherecht verankert ist, während das Mandat de la femme ein Extract aus allgemeinen Regeln (mit allenfalls ehelichem Einschlag) darstellt. Gerade diese Unterschiede, auf ihren Ursprung untersucht, ergeben für die Rechtsvergleichung die interessantesten Probleme.

Als letzter Beendigungsgrund des Mandats bleibt die *Revocation* zu erwähnen.

Der Mann kann das Mandat seiner Frau entziehen, und zwar ohne daß ihr ein Mittel dagegen zustünde. Doch genügt die Ent-

⁶⁶⁾ Zur Frage der Trennung ferner: Dercoux, *interprétation des actes juridiques privés*, S. 280 ff. Binet, S. 46.

⁶⁷⁾ Vgl. Planiol-Ripert, t. II., no 2264, Guillaouard, *du mandat*, no 211.

ziehung zweifellos nicht, um seine Haftbarkeit Dritten gegenüber auszuschließen. Der Dritte muß vielmehr von dem Erlöschen des mandats unterrichtet sein⁶⁸⁾).

Ein Eintrag in das Register ist in Frankreich nicht gegeben; diese verhältnismäßig bequeme Einrichtung des deutschen Rechts ist dem französischen Ehemann versagt. Er ist daher auf das Mittel öffentlicher Bekanntmachung angewiesen. Doch ist ein Zeitungsinsert nach herrschender Ansicht nicht ausreichend. Der Mann kann sich nicht darauf verlassen, daß jeder Dritte es liest, der für Verträge mit seiner Frau in Betracht kommt: das muß aber im Interesse der Verkehrssicherheit gefordert werden. Es empfiehlt sich daher für den Mann — und das wird auch von der Praxis verlangt —, Einzelavise zu verschicken, in denen der Widerruf erklärt wird⁶⁹⁾. Damit erleichtert sich der Mann auch den Beweis, dessen Last auf ihm ruht⁷⁰⁾.

Bei gültigem Widerruf sind die von der Frau trotzdem abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nichtig⁷¹⁾. Der Lieferant hat nur Bereicherungsansprüche.

Kapitel V.

Sachliche Grenzen.

Waren wir im vorangegangenen Kapitel auf die zeitlichen Grenzen der Schlüsselgewalt eingegangen, so kommen wir nunmehr zu den sachlichen Grenzen, zur Frage des Umfangs der Schlüsselgewalt.

Eine allgemeine Umschreibung der Grenzen, innerhalb deren die Frau mit Wirkung für den Mann kontrahieren kann, gibt das Gesetz selbst: es ist der „häusliche Wirkungskreis“. Inwieweit dieser wirklich, wie vielfach behauptet wurde, gegenüber dem „Haushalt“ den weiteren Begriff darstellt, ist wohl für das geltende Recht ein müßiger Streit¹⁾; uns erscheint auch eine Differenzierung zwischen

⁶⁸⁾ Douai 13 mars 1846, Sir. 1847 2. 24. Ganz allgemein vgl. Cass. requ. 3 févr. 1869, D. P. 1870 I. 71.

⁶⁹⁾ Démolombe t. IV, no 170, Rodière et Pont, t. II, no 796, Planiol, t. I, no 960, Guillaouard, t. II, no 867. Erkenntnisse: Cass. 16 juill. 1889, Sir. 1890 I. 115. Poitiers, 23 déc. 1889, D. P. 1890 2. 359.

⁷⁰⁾ Cass. requ. 25 juin 1872 D. P. 1874 I. 38. Cass. requ. 10 nov. 1886 D. P. 1887 I. 272.

⁷¹⁾ Trib. civ. Lyon 1er août 1867, Cass. requ. (Pourvoi) 30 nov. 1868 D. P. 1869 I. 132.

¹⁾ So auch mit Recht von Ziegenhied, S. 63. Ueber den Unterschied zwischen „Haushalt“ und „Wirkungskreis“ siehe Mot. IV, S. 118, Rosenfeld, S. 34.

den beiden Worten in diesem Zusammenhang überspitzt²⁾). Jedenfalls hat das Gesetz mit seiner Formulierung genau dasselbe gemeint und gesagt, was die Wissenschaft unter dem Ausdruck „Schlüsselgewalt“ versteht; es ist eben der Bereich der hausfräulichen „Schlüssel“, wohlverstanden in einem der Neuzeit entsprechenden Sinne³⁾).

Das Gesetz hat eine allgemeine Bezeichnung gegeben und jede Einzelaufzählung von Gegenständen des täglichen hausfräulichen Einkaufs vermieden. Eine solche Aufzählung — in früheren, verkehrsarmen Zeiten die Regel — wäre heute auch gar nicht denkbar, ganz abgesehen davon, daß ein aufgestellter „Normalkatalog“⁴⁾ bei den wechselnden Zeitläuften einer dauernden Verbesserung und Ergänzung bedürfte.

Noch ein besonderer Grund aber spricht gegen jede kasuistische Regelung. Die Schlüsselgewalt ist nämlich ein durchaus relativer Begriff. Ihr Umfang kann nach außen und nach innen ein anderer sein und ist völlig abhängig von den verschiedensten sie bedingenden Verhältnissen.

So entscheidet nach ganz allgemeiner Meinung nach außen hin der Zuschnitt des Haushalts⁵⁾), nicht aber die wahre Vermögenslage der Eheleute. Leben sie also über ihre Verhältnisse, so braucht sich der Dritte nicht mit dem Hinweis abfertigen zu lassen, daß ihr Status in Wirklichkeit ein ganz anderer sei und die getätigten Geschäfte gar nicht erlaube⁶⁾). Umgekehrt kann sich der Dritte nicht auf die gute Vermögenslage des Ehemannes beziehen, wenn dessen Haushalt auf einem bescheidenen Fuße geführt wird und die Einkäufe der Frau wohl den wahren Verhältnissen entsprechen, nicht aber dem einfachen Zuschnitt des Hauswesens. Es entscheidet dem Dritten gegenüber lediglich der äußere Anschein.

Der Mann bleibt demnach auch verhaftet, wenn die Frau ein an und für sich im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt gehaltenes Geschäft mehrfach abschließt und die Gesamtsumme der getätigten

²⁾ Einen Unterschied leugnet Siegel, S. 39.

³⁾ Vgl. die bekannte Definition des RG: „Alle den ehelichen Aufwand betreffenden Besorgungen, deren besondere Beschaffenheit nach der bestehenden Sitte auf die Erledigung durch die Frau hinweist (RG 61/80).“

⁴⁾ So Opet, Anm. 3.

⁵⁾ Vielfach wird von „Ruf“ gesprochen, so von Rosenfeld, S. 35/36.

⁶⁾ Wie hier die gesamte Literatur und Praxis mit Ausnahme von Richter, S. 33, 44 und Siegel, S. 28. Richter meint, der Schutz des Dritten gehöre nicht zur Frage des Umfangs. Wenn aber der Umfang überschritten ist und der Mann nicht haftet, so ist tatsächlich der Dritte ungeschützt, also doch eine Frage des Umfangs!

Geschäfte die Grenzen ihrer Befugnis überschreitet⁷⁾). Hier ist jeder einzelne Dritte geschützt, da ihm unmöglich zuzumuten ist, nachzuforschen, ob die Frau durch Mehreinkauf nicht schon ihre Schlüsselgewalt überschritten, oder besser gesagt, mißbraucht hat⁸⁾).

Eine örtliche Sitte dagegen braucht den Umfang der Schlüsselgewalt noch nicht bindend festzustellen⁹⁾). Lebt eine Kaste, etwa gewisse höhere Beamte nach Grundsätzen, die sie zu einem bestimmten Aufwand zwingen, gleichgültig, ob das hierfür erforderliche Privatvermögen vorhanden ist oder nicht, so bleibt diese Sitte für den Einzelhaushalt nur dann verbindlich, wenn dort die Sitte auch befolgt wird. Ein „outsider“, der eine bescheidene Lebensweise bevorzugt, haftet also nicht etwa, wenn seine Frau, um mit den Standesgenossen Schritt zu halten, der örtlichen Sitte entsprechende, am Zuschnitt ihres Hauswesens gemessen aber übermäßig zu nennende Ausgaben macht.

Eine örtliche Sitte kann also niemals „den Bereich des häuslichen Wirkungskreises erweitern“, ebenso wenig, wie es soziale Anschauungen vermögen¹⁰⁾). Sie können die Schlüsselgewalt allenfalls begrenzen, wenn der Mann sie befolgt, bzw. duldet, daß seine Frau ihnen folgt¹¹⁾). Entgegen dem Willen des Mannes vermögen sie jedenfalls nie die Schlüsselgewalt zu „erweitern“.

Überhaupt gibt es im allgemeinen keine „Erweiterung“ der Schlüsselgewalt. Sobald der Mann wünscht oder zuläßt, daß der Haushalt auf einem gewissen (übermäßigen) Niveau gehalten wird, soweit begrenzt eben dies Niveau den Umfang der Schlüsselgewalt. Daß in Wahrheit viel kleinere Aufwendungen der wahren Vermögenslage angemessen wären, daß die Ausgaben das „Soll“ des soliden Haushalts überschreiten, berechtigt wohl nicht, von einer „Erweiterung“ der Schlüsselgewalt zu sprechen.

Soweit die Frau den Umfang ihrer Schlüsselgewalt überschreitet, haftet sie allein, nicht mehr der Mann. Der Mann haftet aber viel-

⁷⁾ RG vom 31. V. 1905, 61/S. 78 ff, insbesondere S. 81, vom 30. IX. 1907, Seuff. Bl. 73/S. 455, von Seeler, S. 98, 99; ebenso haftet der Mann, wenn er der Frau zwar Haushaltsgeld gab, diese aber das Geld anderweitig verwandte und für den Haushalt Schulden machte, denn nur darauf kommt es an, ob das Geschäft im Umfange der Schlüsselgewalt bleibt. Wie hier Staudinger, 3b, Rosenfeld, S. 58.

⁸⁾ Denn ein Mißbrauch, keine eigentliche Ueberschreitung ihrer Befugnisse liegt vor. „Mißbrauch“ ist Ueberschreitung im Innenverhältnis, von einer „Ueberschreitung“ im techn. Sinne spricht man, wenn diese auch im Außenverhältnis vorliegt und alsdann auch der Mann nicht mehr haftet, vgl. RG Gruch. 52/S. 674 = Seuff. Bl. 73/S. 455.

⁹⁾ So jedoch Menzel, S. 611, Rosenfeld, S. 36. Wohl aber können die „allgemeinen Verhältnisse“ von Einfluß sein; z. B. hatten sich im Kriege die Befugnisse der Frau vermehrt, vgl. Bad. R. Pr. 19/76.

¹⁰⁾ S. a. Richter, S. 34; a. A. Wieruszowski, S. 39.

¹¹⁾ Gl. Meinung von Seeler, S. 92; er spricht jedoch S. 94 selbst von „Erweiterung“.

fach für das abgeschlossene Geschäft in der Höhe, die für seine Verhältnisse maßgeblich ist¹²⁾). Für den Rest (oder auch für das ganze Geschäft) tritt die Frau ein. Sie ist Kontrahentin und hat nicht etwa die Stellung eines machtlosen Stellvertreters (§§ 177 bis 179 BGB¹³⁾), d. h. sie haftet nicht wahlweise auf Schadensersatz oder Erfüllung (§ 179), sondern nur auf Erfüllung. Demnach kann der Dritte im allgemeinen nur in ihr Vorbehaltsgut vollstrecken, falls sich nicht in ihrem Vorgehen bei Geschäftsabschluß eine unerlaubte Handlung erblicken läßt und somit auch das Eingebachte haftet.

Für die Haftung des Mannes bleibt es gleichgültig, ob er Vermögen besitzt. Es findet sich vielfach der Fall, daß der Mann pfändbare Werte nicht sein eigen nennt, die Frau hingegen wohlhabend ist. Nimmt nun hier die Frau Haushaltsgeschäfte vor, die zwar dem Zuschnitt des — von ihr bestrittenen — Haushalts entsprechen, aber von dem armen Mann nicht beglichen werden können, so liegt für die Lieferanten der Schluß nahe, sie könnten sich an die Frau halten. Das ist jedoch im allgemeinen unmöglich. Bei Schlüsselgewaltsgeschäften wird stets der Mann verpflichtet¹⁴⁾), laut positiver Vorschrift auch gerade dann, wenn die Frau garnicht daran dachte, als ausdrückliche Vertreterin des Mannes aufzutreten und der Kontrahent daher angenommen hat, er habe es nur mit der wohlhabenden Frau zu tun¹⁵⁾. „Die Vertretungsbefugnis der Frau

¹²⁾ S. RG vom 30. Sept. 1907 = Seuff. Bl. 73 (1908) S. 454.

¹³⁾ A. A. aber h. M.; vgl. von Seeler, auch Josef, Seuff. Bl. 76/S. 17. Die hier vertretene Ansicht ergibt sich aus der w. o. begründeten Ablehnung der Stellvertretungsregeln für die Schlüsselgewalt. Sieht man in § 1357 eine Sonderregel, dann treten mit Fortfall der Schlüsselgewalt die allgemeinen Grundsätze in Kraft, d. h. die Frau wird selbst verpflichtet und ist allein Kontrahentin.

¹⁴⁾ So richtig Josef, a. a. O. S. 16.

¹⁵⁾ A. A. Stern, S. 81, Richter, S. 44, Ostern, S. 57, Ullmann, J. W. 1905, S. 520, die die Frau verpflichtet sein lassen wollen, „wenn es offenkundig sei, daß der Mann Vermögen nicht besitze“. Event. hafte die Frau neben dem Mann! Kohler, S. 73 und Anm. 4 will eine wenigstens subsidiäre Haftung der Frau annehmen. Wasser, DJZ, 1910 S. 408 meint, in einem solchen Falle sei der Vertretungswille der Frau als unsittlicher unbeachtlich. Aber ganz abgesehen davon, daß es bei § 1357 — wie wir schon weiter oben feststellten — auf den Vertretungswillen der Frau gar nicht ankommt, er meist auch gar nicht vorhanden ist und deshalb auch nicht unsittlich sein kann, kommt man nicht an der Tatsache vorbei, daß die Frau sich ausdrücklich verpflichten muß, um selbst Kontrahentin zu werden, sonst bleibt automatisch der Mann verhaftet. — Eine Selbstverpflichtung der Frau kann allerdings auch konkludenter erfolgen, etwa, indem sie ihre Eigenschaft als Ehefrau verschweigt. S. a. Josef, a. a. O. S. 16 und Arch. Ziv. Prax. 118/S. 387. Vgl. zu der Frage ferner Asch, D. J. Z. 1910/S. 759, Warnatsch, D. J. Z. 1903/S. 245 ff., Wittkowski, J. W. 1902 S. 87/88.

ist durchaus nicht bedingt durch die Unterhaltsfähigkeit des Mannes¹⁶⁾. Nur an diesen kann sich der Kontrahent halten (meist handelt es sich um Arzthonorare), und es nützt ihm hier wenig, daß der Mann einen Unterhaltsanspruch gegen seine Frau hat (§ 1360, Abs. 2), denn dieser Anspruch ist unpfändbar¹⁷⁾. Da auch nur eine mittelbare Bereicherung der Frau vorliegt¹⁸⁾, geht er also leer aus¹⁹⁾.

Wir sahen schon vorhin, daß der Umfang der Schlüsselgewalt im Außenverhältnis weit über die durch die wirklichen Verhältnisse bedingenen Grenzen hinaus abgesteckt sein kann. Im Innenverhältnis gelten in diesem Falle folgende Grundsätze:

Es entscheidet unter den Ehegatten die tatsächliche Vermögenslage²⁰⁾. Steht diese mit dem nach außen hin getriebenen Aufwand in Widerspruch, so richtet sich der Ausgleich der Differenz danach, ob der übermäßige Aufwand vom Mann gewünscht bzw. geduldet war, oder nicht. Nur im letzteren Falle haftet die Frau für Überschreitungen. Tätigt sie dagegen Käufe, deren jeder für sich den Rahmen der Schlüsselgewalt nicht überschreitet, wohl aber ihre Gesamtsumme, so bleibt zwar nach außen, wie wir schon sahen, der Mann gleichfalls wirksam verhaftet; der Frau gegenüber aber ist er zuviel belastet und für dieses Zuviel muß sie ihm nach § 1359 eintreten, wobei zu beachten ist, daß die Haftung für eine *diligentia quam suis* ein grobes Verschulden miteinbegreift²¹⁾.

Unrichtig erscheint es dagegen, die Frau immer dem Manne haften zu lassen, wenn sie ein getätigtes Geschäft mit Rücksicht auf die wahre Vermögenslage nicht hätte abschließen sollen. Die Frau soll nach von Seeler tatsächlich verpflichtet sein²²⁾, ungeachtet eines von ihrem Manne getriebenen großen Aufwands im inneren Haushalt äußerste Sparsamkeit walten zu lassen und sich gewissermaßen das abzusparen, was der Mann zuviel ausgibt! Es lassen sich hier gewiß Fälle denken, wo aus bestimmten Gründen das äußere Auftreten des Mannes, bzw. der Ehegatten ein tadelloses sein muß; es darf z. B. die Frau sicher nicht mit Berufung

¹⁶⁾ So Josef, a. a. O. S. 389; a. A. Rabel, Rh.Z. 1919/116 Anm. 21, sowie M. Wolff, der in § 43 Anm. 3 meint, daß im Falle der Unterhaltsunfähigkeit des Mannes die Frau die Haushaltsgeschäfte als „eigene“ führe! Gl. M. Goldmann-Lilienthal, § 9 Anm. 27.

¹⁷⁾ Kahn, J.W. 1911/S. 484.

¹⁸⁾ Josef, a. a. O. S. 15.

¹⁹⁾ Falls es sich nicht um eine gleichzeitige unerlaubte Handlung der Frau handelt. Das wird aber schwer nachweisbar sein, siehe auch Staudinger, 3b; a. A. Josef, a. a. O. S. 390, der § 826 als meistens gegeben ansieht.

²⁰⁾ Wieruszowski, S. 41, von Seeler, S. 85/86.

²¹⁾ § 277 BGB.

²²⁾ Von Seeler, a. a. O., S. 85.

auf erzwungenermaßen vorhandene teure Gesellschaftskleider einen entsprechend teuren Morgenrock anschaffen. Aber, wenn der Aufwand des Mannes nicht aus derartigen bestimmten Gründen geschieht und sich nicht auf den notwendigen Luxus beschränkt, sondern auf Leichtsinn zurückzuführen ist, sollte hier wirklich mit zweierlei Maß gemessen werden können, die Frau zur Enthaltbarkeit gezwungen sein und dem Manne noch haften müssen, wenn sie seinen Aufwand nachahmt? Diese Ansicht von Seelers geht wohl viel zu weit; sie ist auf die weiter oben zitierten Fälle zu beschränken, wo ein Zwang zur Entfaltung eines gewissen Luxus besteht, beide Ehegatten aber wissen, daß sie sich im übrigen um so mehr bescheiden müssen²³⁾.

Soweit die Frau die Grenzen der Schlüsselgewalt auch nach außen hin erkennbar überschreitet, und also nicht der Mann sondern nur sie selbst verpflichtet wird, haftet sie natürlich dem Manne nicht mehr, denn er erleidet keinen Schaden. Ein Ausnahmefall findet sich jedoch. Liegt im Geschäftsgebaren der Frau eine unerlaubte Handlung, so können die Gläubiger auch in ihr Eingebrochenes vollstrecken²⁴⁾. Da die Schulden aus unerlaubter Handlung aber im Verhältnis der Gatten zueinander dem Vorbehaltsgut der Frau zur Last fallen (§ 1415 BGB), obliegt ihr eine Ausgleichungspflicht und sie haftet dem Manne auf Rückerstattung des durch Zwangsvollstreckung Entzogenen ins Eingebrochte (§ 1417 BGB).

Aus dem Angeführten ergibt sich also, daß im Innenverhältnis in erster Linie die tatsächlichen Verhältnisse ausschlaggebend sind; bei dem Vorliegen einer nicht mißbräuchlichen Anordnung des Mannes oder bei Vereinbarungen der Ehegatten gelten dagegen Anordnung oder Vereinbarung.

Einige besonders wichtige Einzelfragen, die für jeden Haushalt von Bedeutung sein können, sollen noch kurz erörtert werden. Hier ist zunächst in sinngemäßer Auslegung des § 1357 festzustellen, daß sich der Umfang der hausfraulichen Befugnisse im allgemeinen nur auf die sogenannten „laufenden Ausgaben“ beschränkt²⁵⁾; Ausgaben und Verbindlichkeiten dagegen, die durch einmalige größere Anschaffungen oder bedeutsame Vertragsabschlüsse entstehen, sind

²³⁾ Wie von Ziegenhied, S. 68, hierzu richtig ausführt: „Hat aber der Mann aus irgendeinem Grunde einen besonders repräsentabel angelegten Haushalt nach außen hin zu führen und gibt er ohne Mißbrauch seines Rechts der Frau gewisse beschränkende Vorschriften für einzelne Gebiete, so ist diesfalls dem Mann gegenüber eine Berufung der Frau auf den sonstigen größeren Zuschnitt des Hauswesens ausgeschlossen.“ Vgl. a. die treffenden Ausführungen von Goldmann-Lilienthal, § 9, Anm. 27.

²⁴⁾ § 1411 BGB, sogen. Vollschulden.

²⁵⁾ Rosenfeld, S. 36.

keine der Frau obliegenden Geschäfte. Zu letzteren sind beispielsweise zu rechnen der Ankauf von Möbelstücken, eines Autos oder eines Grammophons, Erwerb oder Abstoßung von Wertpapieren, die Miete von Wohnungen, größere Geschenke an Außenstehende. Zu den laufenden Ausgaben zählen u. a. die monatlichen Rechnungen, der Ankauf von Lebensmitteln, Heizmaterial und Kleidung²⁶⁾, bei letzterer jedoch nicht für den Mann. Es ist zu beachten, daß es auch „einmalige“ Ausgaben oder Geschäfte gibt, die dem häuslichen Wirkungskreis der Frau wohl einzugliedern sind, so z. B. die Inanspruchnahme eines Arztes²⁷⁾, Bestellung von Photographien²⁸⁾, unter heutigen Verhältnissen wohl auch der Ankauf eines nicht zu teuren Radioapparates. Die Grenze ist also schwimmend, und eine allzu einseitige Festlegung auf nur die laufenden Bedürfnisse ist unrichtig, es sei denn, man wolle diesen Begriff unnatürlich erweitern²⁹⁾.

Ein Einkaufen auf Kredit ist der Frau zweifellos gestattet³⁰⁾, ja, dies ist eigentlich der praktisch wichtigste Fall der Schlüsselgewalt, denn bei Barkauf ist ein Schutz des Dritten meist gar nicht erforderlich. Auch ohne eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung, wie sie sich z. B. im Preußischen allgemeinen Landrecht fand (vgl. § 321 II, 1 ALR)³¹⁾ ist also die Verpflichtung des Mannes zur Bezahlung der von seiner Frau für den Haushalt gemachten Schulden zu bejahen, solange die Frau in den Grenzen ihrer Befugnisse bleibt; d. h., sie darf in gleicher Höhe auf Kredit kaufen, in der sie auch in bar kaufen könnte. Ihr Mann wird sogar dann verpflichtet, wenn sie für das auf Kredit abgeschlossene Geschäft ordnungsmäßig Geld erhielt, dieses aber für andere Zwecke verwendete (vgl. auch Anmerkung 7 des Kapitels). Doch sind hier im allgemeinen etwas strengere Grundsätze an den Dritten zu stellen, denn wenn eine Hausfrau bei ihm auf Kredit kauft, so kann dies für ihn ein Warnungssignal sein. Hat aber der Mann derartige Geschäfte seiner Frau stets reguliert oder besteht sonst Grund zu der Annahme, daß der Mann Kreditgeschäfte seiner Frau gutheißt, so darf sich der Dritte im allgemeinen darauf verlassen, daß ein Geschäft im Rahmen der Schlüsselgewalt vorliegt³²⁾.

²⁶⁾ Vgl. a. OLG v. 10. Nov. 1910 21/212, OLG 34/248.

²⁷⁾ A. A. Brückmann, J.W. 1906/S. 77, vgl. a. denselben J.W. 1902/S. 116—117.

²⁸⁾ Hierzu: OLG München Urt. v. 18. Jan. 1911 Seuff. Bl. 76/546.

²⁹⁾ S. a. Strübe, S. 170. Im Kriege konnte die Frau, wenn der Mann im Felde stand, auch kündigen und mieten, vgl. hierzu Flatow, J.W. 1915/S. 75, 77. Bedenklich dagegen das Urteil OLG Hamburg v. 6. Nov. 1919 Rsp. 40/S. 66.

³⁰⁾ Wie hier Bezold, Seuff. Bl. 74/S. 168, Rosenfeld, S. 39, 46.

³¹⁾ Auf diese nimmt ausdrücklich Bezug Rothe, S. 28.

³²⁾ Wie hier von Seeler, S. 99, vgl. auch Dernburg, § 33, II. 2.

Anders verhält es sich, wenn keine Entnahme von Waren auf Kredit erfolgt, sondern die Frau ein Darlehen aufnimmt. Hier ist es noch völlig ungeklärt, ob das Darlehen auch wirklich für Haushaltszwecke Verwendung findet. Der Dritte, der es ihr leiht, kann durchaus damit rechnen, daß das Geld nicht für den Haushalt verbraucht wird und damit die Voraussetzungen der Schlüsselgewalt fortfallen; er handelt also auf sein Risiko und der Mann wird hier nur dann aus § 1357 auf Rückgabe des Geldes haften, wenn das Darlehen tatsächlich für einen Haushaltszweck benutzt worden ist und ihm dies nachgewiesen wird³³⁾. An und für sich gehört jedenfalls die Aufnahme eines Darlehns nicht zum häuslichen Wirkungskreis der Frau und damit nicht zum Bereich ihrer Schlüsselgewalt³⁴⁾. Auf keinen Fall kann sie etwa für ihren Mann einen Wechsel zeichnen, um auf diesem Umwege zu Geld zu kommen; damit handelt sie außerhalb ihrer Rechte und begeht eine rechtswidrige und strafbare Handlung³⁵⁾.

Die Zulassung von offenen oder verschleierte Darlehnsentnahmen auf Grund der Schlüsselgewalt unterliegt also schwersten Bedenken und könnte nur unter den oben geforderten Kautelen

³³⁾ Entgegengesetzter Ansicht Kipp, S. 68/69. Kipp beruft sich darauf, daß der Mann auch dann für die Schulden seiner Frau eintreten müsse, wenn diese zwar Geld erhalten, es aber nicht für den Haushalt verbraucht hätte und fährt fort: „Der Mann steht sich aber kaum schlechter als in diesem Falle, wenn die Frau eine von ihr aufgenommene Darlehnssumme, ihrer ursprünglichen Bestimmung zuwider, etwa für sich verbraucht und nun durch irgendeinen Kreditkauf für den Haushalt eine (weitere) Schuld des Mannes begründet.“ Kipps Beispiel ist konstruiert und blendet. Maßgeblich ist und bleibt die Tatsache, daß es sich in einem Falle um das Geld des Mannes handelt — über dessen Verwendung sich dieser jederzeit informieren kann — im anderen Falle um das Geld eines Dritten — und daß hier jede Kontrolle des Mannes fehlt, weil er von der Darlehnsaufnahme nichts zu erfahren braucht, während der Dritte wohl weiß, was er tut, und sich also schützen kann. Schließlich bleibt zu bedenken, daß der Mann beim Kreditkauf doch nur dann haftet, wenn dieser Kauf sich auf Haushaltsachen bezog. Dann aber darf eine Darlehnsaufnahme auch nur dann für den Mann verbindlich sein, wenn das Darlehen tatsächlich für den Haushalt verwendet wurde. Das Risiko trägt der Dritte. Unrichtig auch Rothe, S. 28, der es genügen lassen will, wenn die Frau dem Dritten ausdrücklich erklärt hat, sie wolle das Geld für den Haushalt verwenden. Auch dies geht noch zu weit; das Geld muß unter allen Umständen zweckentsprechend verbraucht worden sein.

³⁴⁾ Grundsätzlich verneinend, Bezdold, Seuff. Bl. 74/S. 168, der meint, hier begeben sich die Frau auf ein ihr fremdes Gebiet, die Sorge für den ehelichen Aufwand. Bejahend dagegen Goldmann-Lilienthal, § 9, Anm. 26, Dernburg, § 33, Anm. 18, Richter, S. 35; Wieruszowski, S. 42, denkt wohl mehr an Kreditkauf.

³⁵⁾ Urkundenfälschung! Vgl. a. RG i. Strafs. v. 11. Febr. 1907, „Recht“ 1907, Nr. 840.

gebilligt werden. Besser wäre es, sie gänzlich zu verneinen. Es steht der Frau ja auch die Möglichkeit offen, im Bedarfsfalle als Geschäftsführer ohne Auftrag zu handeln (§ 679 BGB).

Weiterhin kann die Frau auf Grund ihrer Schlüsselgewalt nicht Prozesse ihres Mannes führen³⁶⁾, auch nicht solche, die sich auf Geschäfte beziehen, welche sie selbst auf Grund ihrer Schlüsselgewalt getätigt hat. Aus diesen Geschäften ist allein der Mann berechtigt und verpflichtet, also auch allein aktiv und passiv legitimiert. Die Frau könnte hier nur auf Grund besonderer Vollmacht handeln, denn daß sie die auf Grund des § 1357 geschlossenen Geschäfte auf Grund desselben § 1357 auch noch gerichtlich verfolgen könnte, hat das Gesetz nie beabsichtigt und nie gesagt. Die Geschäfte mögen noch so sehr im Bereich ihrer hausfräulichen Tätigkeit gelegen haben, ihre gerichtliche Geltendmachung liegt sicherlich außerhalb des Wirkungskreises und ist ihr damit versagt. Weiterhin weist von Ziegenhied in dieser Frage (S. 89) sehr richtig darauf hin, daß die beschränkt geschäftsfähige Frau, die doch ohne weiteres Schlüsselgewaltsgeschäfte tätigen könnte, nicht prozeßfähig sei, da sie sich nicht durch Verträge verpflichten könne (§52 ZPO). Wollte man also an und für sich der Frau ein Prozessierungsrecht im Bereich der Schlüsselgewalt zugestehen, so wäre hier insofern ein unerfreulicher Zwiespalt zu konstatieren, als die geschäftsbeschränkte Frau in der Schlüsselgewalt weniger Rechte hätte, als die voll geschäftsfähige. Dies aber sei von § 1357 BGB zweifellos nicht beabsichtigt.

Aus diesen schwerwiegenden Gründen ist der Frau ein Prozeßführungsrecht auf Grund ihrer Schlüsselgewalt abzusprechen. Wohl aber kann sie immerhin einen besonderen Gerichtsstand nach § 29 ZPO begründen. Denn die Vereinbarung des Leistungsortes ist, wie richtig von Wagner erkannt und betont worden ist³⁷⁾, nur ein Teil der Bestimmungen über die Leistung; da die Frau aber über die Leistung im Ganzen gemäß § 1357 Bestimmungen treffen kann, muß ihr dies erst recht bezüglich der einzelnen Teile der Leistung möglich sein. Insofern darf also die Frau auch prozessualisch wichtige Vereinbarungen wirksam treffen.

Auch muß der Frau die Fähigkeit zugesprochen werden, ein die Verjährung gemäß § 208 BGB unterbrechendes Anerkenntnis von Schlüsselgewaltsverbindlichkeiten wirksam vorzunehmen. Denn da sie diese Geschäfte von Gesetzes wegen mit Wirkung für und gegen den Mann abschließen konnte, müssen ihre Handlungen, die die

³⁶⁾ Zustimmend Goldmann-Lilienthal, § 9, Anm. 26, Ostern, S. 43, Wieruszowski, S. 42, Anm. 21, auch Zielke, DJZ. 1912, S. 456; a. A. Rosenfeld, S. 47.

³⁷⁾ Wagner, Seuff. Bl. 73/S. 359.

Klagbarkeit der Geschäfte betreffen, gleichfalls gültig sein, zumal in § 1357 von *Rechtsgeschäften* gesprochen wird, also zweifellos jede Art von Rechtsgeschäften mit einbegriffen ist³⁸⁾). Die Ausführungen Zielkes, der ein konkludenter erfolgreiches Anerkenntnis für wirksam, ein ausdrückliches dagegen für unwirksam erklären will³⁹⁾), erscheinen dem gegenüber als nicht haltbar.

Daß die Frau im Rahmen der Schlüsselgewalt auch über eingebrachtes Gut verfügen kann, ist selbstverständlich. Dem steht auch die Bestimmung des § 1395 nicht entgegen. Denn § 1357 hat der Frau das Recht zugesprochen, für den Mann die erforderlichen Geschäfte zu besorgen. Es vereinigen sich also in diesem Falle die Befugnisse beider Ehegatten bezüglich des Eingebachten in ihrer Person⁴⁰⁾), und sie kann sowohl Geschäfte vornehmen, die der Mann allein (§ 1376), als auch solche, die der Mann nur mit ihrer Zustimmung abschließen darf (§ 1375), immer vorausgesetzt, daß sie sich hierbei im Bereich ihrer Befugnisse gemäß § 1357 hält.

Die Gesindeordnungen, die früher vielfach Bestimmungen über das Recht der Frau zur Annahme oder Entlassung weiblicher Dienstboten getroffen hatten, sind durch den Aufruf des Rats der Volksbeauftragten vom 12. November 1918 aufgehoben. Eine positive geschäftliche Ermächtigung der Frau ist also nicht mehr vorhanden⁴¹⁾). Doch wird man auch ohne eine solche der Frau ein Recht auf Abschluß der erforderlichen Dienstverträge ohne weiteres zugestehen müssen, denn eine Miete von Hausangestellten, mindestens von weiblichen, gehört nach ganz allgemeiner Rechtsanschauung zum Bereiche der hausfraulichen Gewalt. Auch hier gelten natürlich die für den Umfang der Schlüsselgewalt geltenden Regeln; mietet demnach die Frau eines schlechtbezahlten Angestellten ein Mädchen, so ist der Vertrag für den Mann nicht verbindlich.

Wir sahen vorhin, daß bei Überschreitung der Schlüsselgewalt Rechtswirkungen aus dem Geschäft für den Mann nicht eintreten, daß vielmehr die Frau als alleinige Kontrahentin an seine Stelle

³⁸⁾ Richtig: von Ziegenhied, S. 75; wie hier auch Kipp, S. 64, Anm. 21; a. A. dagegen Warneyer (Komm. zu § 1357 I, Anm. 17).

³⁹⁾ Zielke, a. a. O. S. 456.

⁴⁰⁾ Wie hier auch Wieruszowski, S. 42; vgl. auch M. Wolff, § 43, I (S. 167).

⁴¹⁾ Eine ganz neue Regelung auf diesem Gebiet bringt der Entwurf eines Gesetzes über die Beschäftigung im Haushalt (No. 2057 der Reichsdrucksachen d. IV. Wahlperiode). Hier ist in § 2, Abs. 1—2 die Schlüsselgewalt der Frau als „Haushaltsleiterin“ den besonderen, durch den Entwurf geplanten Verhältnissen angepaßt. Interessant ist, daß eine Beschränkung der Schl.Gew. gem. § 1357 Abs. 2 BGB gegenüber der Hausgehilfin als Kontrahentin nur wirksam sein soll, wenn sie dieser bekanntgegeben war. Vgl. auch die Begründung auf S. 12 der Drucksache.

tritt. Umgekehrt haftet im Normalfall der Mann allein und nicht die Frau. Das schließt nicht aus, daß im Einzelfall beide zusammen haften und neben den Mann als Gesamtschuldnerin oder Bürgin die Frau tritt⁴²⁾. Für eine solche Konstruktion bedarf es jedoch besonderer Gründe; die Tatsache, daß die Frau im Gegensatz zum Manne vermögend ist oder einen selbständigen Beruf ausübt⁴³⁾, ist jedenfalls nicht ausreichend, um eine Mit- oder Alleinhaftung der Frau zu behaupten. Für die Annahme einer Bürgschaft ist übrigens die Formvorschrift des § 766 BGB unerlässlich⁴⁴⁾. Doch ist mit der Frage einer Mithaftung der Frau die Grenze der Schlüsselgewalt schon überschritten⁴⁵⁾. Und diese Frage soll daher nur kurz angedeutet sein⁴⁶⁾.

Die sachliche Begrenzung des *m a n d a t* wird am treffendsten durch die schon mehrfach erwähnte Bezeichnung „*actes ménagers*“ gegeben. Die Bedeutung dieses Wortes entspricht dem Sinne nach genau dem „häuslichen Wirkungskreis“ der deutschen Hausfrau. Mehr als diese allgemeine Umschreibung kann auch für das Gebiet der französischen Schlüsselgewalt nicht gegeben werden, denn die Geschäfte der Frau sind hier ebenso zahlreich und im übrigen in ihrer Mannigfaltigkeit die gleichen, wie die der deutschen Ehefrau.

Eine Abweichung bleibt zu vermerken; während alle Tätigkeit der deutschen Frau, die sich außerhalb ihres Wirkungskreises bewegt, niemals zu ihrer Schlüsselgewalt gehört, kann die französische Frau in besonderen Fällen auch solche Geschäfte für ihren Mann kontrahieren, die nicht als *actes ménagers* anzusprechen sind. So sind gelegentlich schon Börsenspekulationen der *femme mariée* für gültig erklärt worden⁴⁷⁾ — allerdings unter dem Widerspruch eines Teiles der Literatur⁴⁸⁾.

Der Grund dieser Divergenz zwischen deutschem und französischem Recht ist leicht gefunden: die deutsche Ehefrau, die über den sachlichen Rahmen ihrer Befugnisse hinaus den Mann verbindlich machen soll, bedarf hierzu eines besonderen (evt. stillschweigenden) Auftrags, da ja ein allgemeines gegenseitiges Vertretungsrecht der Ehegatten nicht existiert. Mit einem solchen Auftrag würde sie dann beispielsweise auch Börsengeschäfte kontrahieren können. Die Französin dagegen hat als *puissance des clefs* ein

⁴²⁾ Nach den §§ 420 ff, 765 ff. BGB; vgl. z. B. JW. 1911/S. 766.

⁴³⁾ KG-Urt. v. 2. Nov. 1910 = Rsp. 23/S. 405, OLG Braunschweig, Urt. v. 12. Okt. 1905 = DJZ 1906, S. 210.

⁴⁴⁾ S. A. Wieruszowski, S. 46.

⁴⁵⁾ So richtig Rosenfeld, S. 65.

⁴⁶⁾ Vgl. zu der Frage ferner Opet, 2b, Stern, S. 85.

⁴⁷⁾ So: Paris, 5 janv. 1904 = D. P. 1905 2. 249.

⁴⁸⁾ Planiol-Ripert, t. III no. 1099 bemerkt hierzu: La jurisprudence a fini par détruire presque complètement l'incapacité de la femme.

mandat, einen Generalauftrag — und dieser Auftrag läßt sich im Einzelfall natürlich leichter erweitern, als die strikte zu interpretierende Schlüsselgewalt. Alle Geschäfte, die der Mann gewöhnlich durch seine Frau erledigen läßt, fallen somit unter das mandat und werden auch dann nicht unter die Autorisation gerechnet, wenn sie nicht zu den *actes ménagers* gehören⁴⁹⁾. Insoweit sie aber den Rahmen der *actes ménagers* überschreiten, muß allerdings eine genauere Prüfung ihrer Ermächtigung stattfinden und nur bei besonderen Umständen ist hier ein Auftrag des Mannes an die Frau anzunehmen — während ja für die *actes ménagers* der Auftrag ohne weitere Prüfung stets unterstellt werden kann.

Die *actes ménagers* richten sich grundsätzlich nach den Vermögensverhältnissen des Mannes⁵⁰⁾. Denn Artikel 214 — die Grundlage der *puissance des clefs* — sagt: „le mari est obligé ... de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état.“ Weiter als die gesetzliche Unterhaltungspflicht kann auch sein vermuteter Auftrag nicht reichen⁵¹⁾.

Die Regel erleidet jedoch die gleichen Ausnahmen, wie in Deutschland auch. Mit Rücksicht auf gutgläubige Dritte wird die nach außenhin zur Schau getragene finanzielle Stellung der Ehegatten zum Maßstab der Verpflichtungsbefugnis der Frau genommen, selbst wenn der Lebensstandard die wahren Vermögensverhältnisse überschreitet⁵²⁾. In diesem Falle läßt sich eben der erhöhte Aufwand für den Haushalt nur durch ein in seinem Umfang entsprechend vergrößertes mandat bewältigen. Unter diesem Gesichtspunkt löst sich auch der scheinbare Widerspruch mit der Grundregel des Artikels 214 („selon ses facultés et son état“) vollkommen auf; an Stelle des aus den tatsächlichen Verhältnissen gemutmaßten Mandats tritt das aus dem getriebenen Aufwand gemutmaßte Mandat⁵³⁾.

Eine örtliche Sitte kann gleichfalls maßgebend sein, jedoch — wie bei uns — nur dann, wenn sie von dem betreffenden Haushalt auch innegehalten wird.

Schließlich bleibt der Mann auch dann verhaftet, wenn er zwar der Frau das mandat gänzlich oder für bestimmte Zwecke entzogen

⁴⁹⁾ Vgl. Toullier, t. II, no. 641.

⁵⁰⁾ Paris, 5 févr. 1895 D.P. 1895 2. 495, vgl. a. Cass. civ. r. 27 juin 1922 D.P. 22 1. 200.

⁵¹⁾ Vgl. auch Cass. 12 janv. 1874 Sir. 74 1. 305.

⁵²⁾ Démolombe, t. IV no 170, Planiol-Rouast, t. II. no. 394, Binet, S. 84, trib. civ. Seine 3 déc. 1895 D.P. 1896 2. 132.

⁵³⁾ Das übersieht Kipp, S. 120, der hier von einer „außerordentlich starken Deformierung des mandat“ spricht, das prinzipiell nie weitergehen dürfe, als es die tatsächlichen Verhältnisse gestatteten.

hatte, ihr erneutes oder übermäßiges Tätigwerden jedoch geduldet hatte⁵⁴⁾.

Ist die Überschreitung dergestalt, daß sie mit keinem guten Glauben Dritter mehr in Einklang zu bringen ist, ist sie also auch für das Außenverhältnis erkennbar, so haftet der Mann nicht mehr. Paßt das Geschäft seiner ganzen Gestalt nach nicht in den Rahmen des mandat — die Frau eines schlecht besoldeten kleinen Beamten kauft einen Platinschmuck — so haftet der Mann überhaupt nicht. Hat die Frau dagegen nur ein Zuviel eingekauft, so haftet der Mann bis zu der Summe, die seine nach außenhin erkennbaren Verhältnisse allenfalls rechtfertigen würden⁵⁵⁾.

Dieses Ergebnis ist uns aus dem deutschen Recht bekannt. Nur ist die Sachlage für den Dritten in Frankreich insofern eine schlechtere, als er sich im allgemeinen nicht an die Frau halten kann. Dies folgt schon daraus, daß die Frau als Mandatarin sich selbst nicht verpflichten wollte, sich aber im übrigen wegen ihrer incapacité auch nicht verpflichten konnte. Inwieweit dagegen der vielfach angezogene Artikel 1997 c. c. — nach dem der Dritte nicht geschützt ist, wenn der Mandatar ihm den Umfang seiner Vollmacht vorher bekannt gegeben und diese alsdann überschritten hatte — auf den vorliegenden Fall angewendet werden kann, erscheint recht zweifelhaft. Kipp selbst, der ihn erwähnt, hegt Bedenken⁵⁶⁾. Auf jeden Fall ist Artikel 1997 bei dem Vorliegen einer unerlaubten Handlung nicht anwendbar⁵⁷⁾. Dies gilt insbesondere von Vorspiegelungen oder „Künsten“ der Frau, mittels deren diese sich den Anschein des Nichtverheiratetseins gegeben hat⁵⁸⁾. Hier haftet die Frau persönlich in vollem Umfang und sie kann auch ohne Autorisation im Prozeßwege verfolgt werden⁵⁹⁾. Doch ist die Praxis mit der Annahme einer Deliktshandlung recht zurückhaltend. Meist fällt daher der Dritte mit seiner Forderung aus⁶⁰⁾.

⁵⁴⁾ Vgl. Cass. 16 juill. 1889 Sir. 1890 1. 115.

⁵⁵⁾ Vgl. Paris 5 févr. 1895 D. P. 1896 2. 495., Paris 9 déc. 1895 D. P. 1896 2. 133.

⁵⁶⁾ Vgl.: Kipp, S. 88 und die von ihm daselbst in Anm. 18 zit. Schriftsteller.

⁵⁷⁾ Cass. Civ. r. 25 juin 1889 D. P. 1890 1. 151.

⁵⁸⁾ Toullier, t. II., no. 622, Aubry et Rau (Bartin), t. VIII., § 509, no 4c, Cass. civ. c. 28 mars 1888 = Sir. 1891 1. 294. Es genügt jedoch nicht, daß die Frau einer irrtümlichen Annahme des Contrahenten, sie sei unverheiratet, nicht widersprochen hat. Vgl. hierzu das interessante Urteil Cass. civ. c. 29 avr. 1862 = Sir. 1862 1. 701.

⁵⁹⁾ Delvincourt, t. I., no 162.

⁶⁰⁾ Soweit nicht eine actio de in rem verso gegeben ist, vgl. hierzu Kap. III, 2, Anm. 50 und auch die in Anm. 61 dieses Kapitels zitierte Entscheidung. Auch das gemeine deutsche Recht gab hier die versio in rem, vgl. hierzu Schmitt, a. a. O. S. 24.

Im Innenverhältnis haftet die Frau ihrem Ehemann nach Maßgabe des Art. 1992, Abs. 2 für ihre Überschreitungen des mandat, insoweit der Mann dafür hat eintreten müssen. Zu beachten bleibt hier indessen, inwieweit die Frau zu ihrem Tun durch das Auftreten ihres Gatten veranlaßt worden ist. Ist die Überschreitung auf Wunsch oder unter Duldung des Mannes vorgenommen, so trifft im Außen- wie im Innenverhältnis die eingegangene Verbindlichkeit nur ihn⁶¹⁾.

An Einzelfragen sollen die wichtigsten kurz untersucht werden.

Die Ermietung von Wohnungen steht der Frau grundsätzlich nicht zu, ebenso wenig deren Ausmöblierung⁶²⁾. Doch sind diese Akte, wie auch sonst alle größeren oder einmaligen Anschaffungen, unter dem Gesichtspunkt etwa gegebener besonderer Verhältnisse zu betrachten. Die von ihrem Manne getrennt lebende Frau, soweit sie ihr mandat nach den in Kapitel IV, Teil 2, entwickelten Grundsätzen behalten darf, darf z. B. die Wohnung kündigen und eine neue mieten⁶³⁾. Dies Beispiel, das sich um beliebige vermehren läßt, zeigt die in Deutschland wie in Frankreich gegebene absolute Relativität der Schlüsselgewalt, die stets dazu nötigt, jeden Einzelfall gesondert zu beurteilen.

Für den Einkauf auf Kredit gelten die gleichen Erwägungen, wie im deutschen Recht; er ist also zulässig in der Höhe, in der die Frau einen Bareinkauf vornehmen kann. Als außerordentlich bedenklich muß dagegen die Aufnahme von Darlehen auf Grund des mandat angesehen werden⁶⁴⁾. Die Bevollmächtigung der Frau findet ein natürliches Ende dort, wo sich Gebiete eröffnen, die alleinige Domäne des pater familias sind. Hierzu gehört unbedingt die Geldbeschaffung für den Haushalt. Die weiter oben für das deutsche Recht hinsichtlich der Darlehnsaufnahme geäußerten Besorgnisse müssen für das französische Recht in gleichem Maß geltend gemacht werden. Es geht nicht an, daß die Frau unter der völlig indifferenten Maske der Hausfrau Geldgeschäfte tätigen und damit den Grundsatz der incapacité durchbrechen kann. Die Frau sollte daher für Darlehen stets eine (ausdrückliche oder stillschweigende) besondere Vollmacht des Mannes aufweisen; andernfalls entsteht keine Verbindlichkeit des Mannes.

⁶¹⁾ Cass. Civ. r. 17 déc. 1901 D. P. 1903 1. 156.

⁶²⁾ Démolombe, t. IV., no. 170, Guillouard t. II, no. 874. Dagegen ist ihr die Anschaffung einzelner Möbelstücke erlaubt, Baudry-Lacantinerie, le Courtois et Surville, t. I no. 500.

⁶³⁾ Paris, 23 févr. 1849 = Sir. 1849 2. 145, Paris 9 juin 1857 = Sir. 1857 2. 755. Ein weiteres sehr instruktives Beispiel siehe bei Kipp, S. 69.

⁶⁴⁾ Bejahend aber: Planiol-Nast, t. VIII no. 568, Planiol-Ripert, t. III n. 1099, Cass. civ. c. 17 déc. 1901 = Sir. 1905 1. 37. Cass. civ. r. 27 juin 1922 = D. P. 1922 1. 200.

Die für das deutsche Recht immerhin strittige Frage, ob die Frau auf Grund der Schlüsselgewalt prozessual tätig werden oder mindestens die von ihr getätigten Schlüsselgewaltsgeschäfte im Rechtswege verfolgen könnte, erübrigt sich für das französische Recht durch art. 215 c. c., der ein „*ester en jugement sans l'autorisation de son mari*“ für unzulässig erklärt. Die Frau ist also schon durch ihre mangelnde Prozeßfähigkeit verhindert, auf Grund des mandats zu prozessieren. Das Recht wäre ihr aber auch materiell abzusprechen.

Hingegen kann sie nach herrschender und richtiger Lehre ein die Verjährung hinderndes Anerkenntnis der von ihr kontrahierten Schulden abgeben⁶⁵⁾. Gesteht man ihr das Recht zu, Geschäfte selbständig abzuschließen, so muß man ihr auch das Recht zustehen, diese Geschäfte zu sanktionieren, indem sie sie schriftlich anerkennt⁶⁶⁾. Hierdurch beginnt die längere Verjährungsfrist des c. c. zu laufen und der Mann bleibt gültig verpflichtet.

VI. Kapitel.

Beweislastfragen.

Im Prozeß hat der Dritte lediglich den Abschluß des Geschäfts mit der Hausfrau darzutun¹⁾. Das wird allerdings bestritten. Insbesondere von Ziegenhied hat behauptet, der Dritte habe auch die Zugehörigkeit des Geschäfts zum häuslichen Wirkungskreis zu beweisen, da dies „eine spezifisch rechtserzeugende Tatsache sei, die zur Klagebegründung gehöre und dem Kläger obliege“²⁾. Diese Ansicht ist jedoch irrig. Daß die Frau sich innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises gehalten habe, kann der Dritte schon deshalb nicht beweisen, weil der Wirkungskreis der Frau — wie schon festgestellt wurde — je nach den Verhältnissen ein ganz verschiedener ist, und auch das äußere Auftreten der Gatten nicht immer ohne weiteres geprüft und taxiert werden kann. Vor allem aber birgt die Bestimmung des § 1357, Abs. 1, Satz 2, die die für den Haushalt getätigten Geschäfte der Frau ohne weiteres

⁶⁵⁾ Vgl. Aubry et Rau (Bartin) t. VIII, § 509 Anm. 49 bis und die dort zitierten Urteile: Rouen 3 juill. 1895, Gaz. Palais 1896 I. 419.

⁶⁶⁾ Vgl. Art. 2274, Abs. 2 c. c. Schriftlichkeit und genaue Angabe der Schuldsumme ist erforderlich, vgl. Cass. civ. c. 23 janv. 1895. D. P. 1895 I. 398, Cass. Civ. c. 7 mai 1906 D. P. 1908 I. 65. Briefliche Versicherungen, wie „soyez sans inquiétude“ oder ähnliche Versprechungen reichen nach dem letztzitierten Urteil nicht aus.

¹⁾ So richtig Opet, a. a. O., Bem. 8 zu § 1357.

²⁾ Von Ziegenhied, S. 112. Für diese Beweislast des Dritten auch Staudinger, 36e, Dernburg, § 33, Anm. 13, Leonhard, Beweislast, S. 421, Fränkel, S. 24.

als Geschäfte ihres Mannes dekretiert, nach der Tendenz des Gesetzes implicite die Vermutung in sich, daß die gewöhnlichen Geschäfte einer Hausfrau auch Geschäfte ihres häuslichen Wirkungskreises und damit Schlüsselgewaltsgeschäfte seien. Damit rechtfertigt sich übrigens auch die in Kapitel II getroffene Feststellung, daß § 1357 BGB in erster Linie dem Dritten zugute kommen soll.

Im französischen Recht bildet dagegen die Beweislastfrage ein besonderes Problem. Den Ausgangspunkt desselben bildet ein Erkenntnis des Cassationshofes, welches sagt: „La preuve d'un mandat tacite en matière civile ne peut être faite par témoins ou à l'aide de présomptions, qu'autant qu'il existe un commencement de preuve littérale“³⁾).

Diesen Ausführungen hat sich die französische Rechtslehre angeschlossen⁴⁾. Die Grundlage bildet art. 1341 c. c., nach dem der Beweisantritt durch Zeugen bei einem Streitwert von mehr als 500 frcs.⁵⁾ für unzulässig erklärt wird. Artikel 1341, auf das mandat tacite angewandt, ergibt die Entscheidung im Sinne des wiedergegebenen Urteils. Danach wäre also dem Dritten bei jedem Betrag über 500 frcs. der Rechtsweg gegen den mari versperrt, da er über schriftliche Beweisstücke, wie sie art. 1341 fordert, in den seltensten Fällen wird verfügen können, ja dies gälte nach der Praxis selbst dann, wenn er nur einen Teilbetrag unter 500 frcs. einklagen würde⁶⁾).

Die französische Judikatur hat diese Konsequenz — natürlich! — nicht gezogen. Sie unterstellt vielmehr das mandat der Frau gleich einer gesetzlichen Vermutung. Kipp spitzt nun diese Frage scharf zu, indem er darauf verweist, daß nach art. 1353 c. c. andere als gesetzliche Vermutungen (übrigens auch nur solche, die „graves, précises et concordantes“ sind!) nur dann Anwendung finden dürfen, wenn der Zeugenbeweis zulässig wäre. Dies sei aber für das mandat durch art. 1341 gerade untersagt; damit müßte eigentlich die heutige Praxis der unrichtigen Rechtsanwendung geziehen werden, denn sie unterstelle trotzdem eine nicht gesetzliche und daher nicht erlaubte Vermutung. Kipp löst jedoch anschließend selbst den von ihm behaupteten Widerspruch. Er verweist, unter Anlehnung an einen Teil der Doktrin auf art. 1348 c. c., wonach der Gläubiger, dem ein schriftlicher Beweis seiner Kontraktsunterlagen aus besonderen Gründen nicht möglich ist, eine Ausnahme von der Regel des

³⁾ Cass. civ. c. 29 déc. 1875 = D. P. 1876 I. 149.

⁴⁾ Vgl. z. B. Guillaouard, du mandat, no 61, 62.

⁵⁾ Die frühere Summe von 150 frcs. ist wegen der Geldentwertung auf 500 frcs. erhöht worden (Nouvelle d. 1er avr. 1928).

⁶⁾ Vgl. hierzu Cass. civ. c. 9 mai 1904 = D. P. 04 I. 310.

art. 1341 macht, hier also Zeugenbeweis, und damit auch die Verwendung nicht gesetzlicher Vermutungen zulässig ist. Ein solcher Fall wäre dann auch im Gebiet des ehelichen Mandats zu Gunsten des Dritten zu unterstellen⁷⁾).

Diese Lösung erscheint stark gekünstelt und kann wohl auf die Fälle beschränkt werden, in denen auf andere Weise keine Abhilfe zu schaffen ist. Gewöhnlich wird sich die Sachlage als durchaus nicht so kompliziert darstellen, als es nach dem Vorausgeführten scheinen möchte.

Es kann zunächst darauf verwiesen werden, daß art. 1341 keineswegs zwingendes Recht darstellt. Die Parteien können vielmehr auf seine Anwendung verzichten, sogar stillschweigend⁸⁾. Wir würden art. 1341 im deutschen Recht als eine *dispositive Prozeßvoraussetzung* bezeichnen.

Hierdurch wäre die Behandlung des *mandat de la femme* im Prozeß grundsätzlich schon zufriedenstellend erklärt: Es ist eben ein Verzicht der Parteien auf die Anwendung des art. 1341 anzunehmen. Sollte der beklagte Ehemann jedoch auf Berücksichtigung des art. 1341 dringen wollen, so würde diese seine Einwendung zweifellos mit dem Gegenargument zu schlagen sein, daß in der ständigen Unterstellung des Mandats — materiellrechtlich wie formellrechtlich — eine höchstbeachtliche *consuetudo* liegt, die Rechtsgeltung beanspruchen kann. Ihren inneren Ursprung und ihre Rechtsüberzeugung wird diese Übung von der Tatsache herleiten, daß das *mandat tacite de la femme* die Stärke einer gesetzlichen Vermutung längst erreicht hat und einer solchen vollkommen gleichgeachtet wird. Das war weiter oben bei der Frage nach der Rechtsnatur auch schon eingehend erörtert worden. Diese Auslegung empfiehlt sich jedenfalls der von Kipp vertretenen Konstruktion gegenüber durch ihre viel einfachere und überzeugende Linienführung. Sie darf denn auch als Gemeingut der französischen Praxis angesehen werden.

⁷⁾ Kipp, S. 24.

⁸⁾ Vgl. Cass. civ. c. 1er juin 1893 = D. P. 1893 I. 445. Cass. civ. r. 23 avr. 1894 = D. P. 1894 I. 327. Cass. civ. c. 8 juin 1896 = D. P. 1897 I. 464. Cass. requ. 20 oct. 1903 = D. P. 1904 I. 42. Cass. requ. 1er août 1906 = D. P. 1909 I. 398. Cass. requ. 18 juill. 1907 = D. P. 1910 I. 79.

Lebenslauf.

Am 4. Juli 1904 wurde ich als Sohn des Stadtkämmerers von Berlin, nachmaligen Verbandsdirektors des Zweckverbandes Groß Berlin, Dr. jur. Karl Steiniger und seiner Ehefrau Lili, geb. Burchardt zu Berlin-Südende geboren. Ich besuchte das Friedrichs-Werdersche Gymnasium bis zur Obertertia, dann das Berlinische Gymnasium zum Grauen Kloster bis zur Reifeprüfung, die ich im März 1923 bestand.

Nach zweieinhalbjähriger Lehrlings- und Volontärtätigkeit bei verschiedenen Banken ließ ich mich im Wintersemester 1925/26 bei der Berliner juristischen Fakultät immatrikulieren. Vom Sommersemester 1926 bis zum Sommersemester 1929 war ich mit Ausnahme des Sommersemesters 1927, das ich in Jena verbrachte, bei der Marburger rechtswissenschaftlichen Fakultät eingeschrieben.

Am 16. Oktober 1929 bestand ich meine erste juristische Prüfung vor dem Oberlandesgericht Kassel, am 6. Juni 1930 die mündliche Doktorprüfung.

Von der vorliegenden Arbeit sind die Kapitel I—III in ihren wesentlichen Teilen als Vortrag in dem zivilistischen Seminar von Herrn Geheimrat Professor Dr. Manigk gehalten worden.
